

**Das Nachschieben von Gründen
im Verwaltungsprozeß**

Johann Wittmann
—

1970
—

Das Nachschieben von Gründen im Verwaltungsprozeß

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von

Johann W i t t m a n n

1970



Referent: Professor Dr.jur.Ferdinand O. K o p p

Korreferent: Professor Dr.jur.Hans S p a n n e r

Tag der mündlichen Prüfung: 18. Dezember 1970

I n h a l t s v e r z e i c h n i s

	Seite
Literaturverzeichnis	
A. Lehrbücher, Kommentare, Monografien	VI
B. Aufsätze	VIII
Verzeichnis der Abkürzungen	XIV
Einführung	1
I. Teil	
=====	
1. <u>Kapitel</u> : Nachschieben von Gründen und verwandte Rechtsprobleme	3
<u>A.</u> Nachschieben von Gründen im engeren Sinn	3
<u>B.</u> Das Nachschieben von Gründen und der maßgeb- liche Zeitpunkt für die Gerichtsentscheidung	5
I. Nachschieben von Gründen nur hinsichtlich solcher Umstände, die bei Erlaß der Ver- waltungsentscheidung bereits vorlagen	5
II. Grenzfälle	6
1. Rückwirkender Erlaß einer Abgabe	6
2. Feststellung persönlicher oder charakterlicher Eigenschaften	8
<u>C.</u> Nachschieben von Gründen und Konversion	10
I. Mehrdeutigkeit des Begriffs der Konversion	10
1. Der Begriff der Konversion in der Rechtsprechung des ProVG	10
2. Konversion im engeren Sinn	12
II. Materielle Voraussetzungen einer Konversion im engeren Sinne	13
1. Änderung der Identität des Verwaltungs- aktes	13
2. Konversion nicht nur bei nichtigen, sondern auch bei anfechtbaren Verwaltungsakten	14

I. Teil

Seite

2. Kapitel: Die Rechtsprechung zum Problem des Nachschiebens von Gründen	16
A. Entwicklung des Grundsatzes der Zulässigkeit des Nachschiebens von Gründen	16
I. Die Rechtsprechung des Preußischen Oberverwaltungsgerichtes	16
II. Die Rechtsprechung von 1945 bis 1955	19
1. Anfänglich klare Entscheidungen für oder wider die Zulässigkeit des Nachschiebens von Gründen	19
2. Angleichung der gegenseitigen Meinungen	21
3. Rückkehr zur Rechtsprechung des ProVG	22
III. Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes und ihre Ausstrahlungen	23
B. Grenzen der allgemeinen Zulässigkeit des Nachschiebens von Gründen	28
I. Versuch einer engen Auslegung des Begriffes des Nachschiebens	28
1. Änderung des Wesensgehaltes des Verwaltungsaktes	29
a) Fehlen einer klaren Vorstellung vom Wesen des VA in der Rechtsprechung des BVerwG	29
b) Die Rechtsprechung des BSozG zum Wesen des VA	33
2. Beeinträchtigung der Rechtsverteidigung durch das Nachschieben von Gründen	34
II. Beschränkungen des Nachschiebens im jeweiligen Einzelfall	35
1. Nachschieben von Gründen bei Ermessensentscheidungen	35
a) Nachschieben von Ermessensgründen durch die Behörde	36
b) Nachschieben von Ermessensgründen durch das Gericht	40
2. Nachschieben von Gründen bei ges. Begründungszwang	42
a) Begründungspflicht für den Widerspruchsbescheid	43
b) Begründungspflicht nach § 80 III 1 VwGO	44

II. Teil	Seite
=====	48
1. <u>Kapitel:</u> Das Nachschieben von Gründen als Problem des Verwaltungsverfahrensrechtes	48
A. Das subjektiv öffentliche Recht auf Beachtung von - Verfahrensvorschriften	52
I. Der Anspruch im allgemeinen	52
1. Abhängigkeit des subjektiven öffentlichen Rechts vom Willen des Gesetzgebers	52
2. Ableitung des subjektiv öffentlichen Rechts aus dem Verfassungsrecht	54
II. Welche verfassungsrechtlich geschützten Rechte des Staatsbürgers können durch das Nachschieben von Gründen verletzt werden?	56
1. Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs	56
a) Der Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren	56
b) Rechtliches Gehör beim Nachschieben von Rechtsgründen	58
2. Begründungszwang	60
a) Der Begründungszwang als Garantie der Gesetz- mäßigkeit der Verwaltung Art. 20 Abs. 3 GG	60
b) Der Begründungszwang als Folge der Rechts- schutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG	64
c) Umfang des Begründungszwanges	66
d) Das Problem des Begründungszwanges in der Rechtsprechung des BVerfG und BVerwG	69
B. Das Nachschieben von Gründen als Heilung der Verstöße gegen rechtl. Gehör und Begründungszwang	71
I. Heilungsmöglichkeit des Mangels der Begründung im Hinblick auf die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG	74
II. Heilung von Verstößen gegen Begründungszwang im Hinsicht auf den Grundsatz des rechtlichen Gehörs	75
1. Heilungsmöglichkeit innerhalb des Verwaltungs- verfahrens	75
2. Keine Heilungsmöglichkeit im verwaltungs- gerichtlichen Verfahren	77
3. Heilungsmöglichkeit im Hinblick auf die Bedeutung des Begründungszwanges für die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung	79

II. Teil	Seite
2. Kapitel:	84
<u>A.</u> Untersuchungsgrundsatz und Nachschieben von Gründen durch das Gericht	85
I. Beschränkung des Grundsatzes auf die Ermittlung von Tatsachen	85
II. Verpflichtung des Gerichts zur Feststellung der Richtigkeit des von der Behörde angenommenen Sachverhalts	88
1. Die erweiternde These Wackes	88
2. Prozeßrechtliche Grenzen des gerichtlichen Ermittlungsrechtes	89
a) Die in der Literatur vertretenen Meinungen	90
b) Die Verpflichtung des Gerichts, die Sache spruchreif zu machen nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts	92
III. Erstmalige Sachverhaltsermittlung als Aufgabe der Verwaltung	99
1. Gewaltenteilung als Funktionsteilung	99
2. Verbot eines gerichtlichen Eingriffs in die Ermessensfreiheit der Behörde	101
3. Vorbehalt zugunsten der Verwaltung auch bei gebundener Verwaltung	102
<u>B.</u> Das Nachschieben von Gründen und Streitgegenstand	104
I. Abgrenzung gegenüber dem Untersuchungsgrundsatz und dem Grundsatz iura novit curia	104
II. Der Streitgegenstand	105
1. Die Streitgegenstandstheorien und ihre Bedeutung für das Nachschieben von Gründen	105
a) Anspruch als Streitgegenstand	106
b) Der Einzelfall als Streitgegenstand	107
2. Änderung des Streitgegenstandes durch Veränderung der Identität des Verwaltungsaktes	109
a) Wesen des Verwaltungsaktes nicht allein vom Verwaltungsbefehl abhängig	110
b) Konkretisierung des Verwaltungsaktes erst durch den Sachverhalt	112
c) Nachschieben von Gründen ohne Veränderung der Identität des Streitgegenstandes	115
III. Das Problem der Konversion	117
<u>C.</u> Prozessuale Folgen des Nachschiebens von Gründen durch die Behörde	121
I. Klageänderung	122
II. Rechtsschutzbedürfnis	125
1. Nachschieben von Gründen als ausdrückliche oder stillschweigende Rücknahme des Ursprünglichen Verwaltungsaktes	125
2. Nachschieben von Gründen unter Beibehaltung des ursprünglichen Verwaltungsaktes	129
Schlußbetrachtung	133
Anhang	134

Literaturverzeichnis

A. Lehrbücher, Kommentare, Monografien.

Blomeyer	Zivilprozeßrecht, Erkenntnisverfahren 1963
Brauchitsch	Preußische Verwaltungsgesetze 20. Aufl. 1906
Buchholz	Sammel- und Nachschlagewerk der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (abgeschlossen: 31.12.1968)
Dyroff	Bayer. Verwaltungsgerichtsgesetz 7. Aufl. 1928
Eyermann - Fröhler	Verwaltungsgerichtsgesetz Kommentar 2.Aufl.1954 Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar 4.Aufl.1965
Forsthoff	Lehrbuch des Verwaltungsrechts 9. Aufl. 1966
Goldschmidt	Zivilprozeßrecht 1934
Hamann	Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht 1958
Hamann - Lenz	Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland 3. Aufl. 1970
Hatschek Kurtzig	Lehrb.d.deutschen und preuß.Verwaltungsrechts 1927
Henke	Das subjektive öffentliche Recht 1968
Hübschmann-Hepp- Spitaler	Kommentar zur Reichsabgabenordnung, Finanzgerichtsordnung und den Nebengesetzen 5. Aufl. Stand 1969
Hufnagl	Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der amerikanischen und britischen Zone 1950
v. Husen	Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit
Jellinek Lehrbuch	Verwaltungsrecht 3. Aufl. 1948
Jellinek Gesetz	Gesetz und Gesetzesanwendung 1932
Klinger	Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar 1960
Koehler	Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar 1960
Landmann-Giers- Proksch	Allgemeines Verwaltungsrecht 4. Aufl. 1969
Mang-Maunz-Mayer- Obermayer	Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern 3.Aufl. 1968
Maunz-Dünig-Herzog	Grundgesetz, Kommentar Stand 1969
Mayer	Allgemeines Verwaltungsrecht - Eine Einführung 1970
Menger System	System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes 1954

Müller	Finanzgerichtsordnung Kommentar für Wissenschaft und Praxis 1966
Müller-Henneberg, Schwartz	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und europäisches Kartellrecht 2. Aufl. 1963
Mutius	Das Widerspruchsverfahren der VwGO als Verwaltungsverfahren und Prozeßvoraussetzung
Nikisch	Zivilprozeßrecht Ein Lehrbuch 1950
Obermayer	Grundzüge des Verwaltungsrechts und des Verwaltungsprozeßrechts 1964
Peters	Lehrbuch der Verwaltung 1949
Rasch-Westrick	Wettbewerbsbeschränkungen - Kartell und Monopolrecht 3. Aufl. 1966
Redeker -v.Oertzen	Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar 3.Aufl.1969
Rosenberg-Schwab	Zivilprozeßrecht 10. Aufl. 1969
Schänke-Schröder- Niese	Lehrbuch des Zivilprozeßrechtes 1956
Schunck - de Clerck	Verwaltungsgerichtsordnung mit ergänzenden Bundesgesetzen und den Ausführungsgesetzen der Länder 2. Aufl. 1967
Tschira / Schmitt- Glaeser	Grundriß des Verwaltungsprozeßrechts 1970
Turegg	Lehrbuch des Verwaltungsrechts 3. Aufl. 1956
Ule	Verwaltungsgerichtsbarkeit Kommentar 2.Aufl.1962
Ule	Verwaltungsprozeßrecht - Ein Studienbuch 4.Aufl.1966
Ule	Verwaltungsreform -Verwaltungsreform als Verfassungsvollzug, in Recht im Wandel, Festschrift, Hundert- fünfzig Jahre Carl Haymanns Verlag KG, 1965
Ule - Becker	Verwaltungsverfahren im Rechtsstaat. Bemerkungen zum Musterentwurf eines Verwaltungs- verfahrensgesetzes 1964
Wolff	Verwaltungsrecht - Ein Studienbuch Bd.1 7. Aufl. 1968 Bd.2 2. Aufl. 1967 Bd.3 2. Aufl. 1967
Ziemer - Birkholz	Finanzgerichtsordnung 1966

Literaturverzeichnis

B. Aufsätze

- | | |
|------------------------|---|
| Arndt Adolf | NJW 1959, 6 Das rechtliche Gehör |
| Bachof Otto | - NJW 1953, 317 Anmerkung zu LVG Rheinl.Pfalz
Urt v. 22.4.1952 NJW 1953, 317 |
| Bachof Otto | - JZ 1962, 667
Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungs-
gerichts (BVerwGE Band 4 - 12)
- JZ 1966, 401
Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungs-
gerichts (BVerwGE Band 13 - 19) |
| Bartlsperger Richard | Verw.Arch. 58 (1967) 249
Zur Konkretisierung verfassungsrechtlicher
Strukturprinzipien
DVBl 1970, 30
Der Rechtsanspruch auf Beachtung von
Vorschriften des Verwaltungsverfahrenrechtes |
| Bender Bernd | DVBl 1957, 279
Anmerkung zu OVG Lüneburg
Urt v. 25.10.1956 DVBl 1957, 275 |
| Bettermann Karl August | DVBl 1953, 163 ff , 202 ff
Wesen und Streitgegenstand der verwaltungs-
gerichtlichen Anfechtungsklage |
| Bettermann Karl August | DVBl 1959, 309
Das erfolglose Vorverfahren als Prozeßvoraus-
setzung des verwaltungsgerichtlichen Verfah-
rens *
DVBl 1963, 826
Anmerkung zu VG Sigmaringen
Urt v. 17.9.1962 DVBl 1963, 824 |
| Beuster Horst | RiA 1956, 338
Das Nachschieben von Gründen und die Konver-
sion |
| Fellner Michael | DVBl 1966, 161
Der unbestimmte Rechtsbegriff aus der Sicht
der Verwaltung |
| Feneberg Hermann | DVBl 1965, 177 ff; 222
Zum Musterentwurf eines Verwaltungsver-
fahrensgesetzes |
| Friese Karl - Heinz | NJW 1966, 1333
Anmerkung zu OVG Berlin B.v.25.10.1965
NJW 1966, 798 |

- Groschupf Otto DVBl 1962, 627:
Wie entscheidet das Gericht, wenn das
Verwaltungsverfahren fehlerhaft war?
- DVBl 1963, 262:
Anmerkung zu VG Bremen Urt v. 16.11.1962
DVBl 1963, 260
- Haueisen Fritz DVBl 1962, 881:
Verwaltungsverfahren und verwaltungs-
gerichtliches Verfahren.
- Hufnagl Franz - -DV 1949, 60
Die Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit
- DÖV 1951, 221 Anmerkung zu HessVGH
Urt v. 10.11.1950 DÖV 1951, 221
- Idel W. NJW 1957, 36 Anmerkung zu VGH Freiburg
Urt v. 5.12.1955 NJW 1957, 36
- Jäger Heinz DÖV 1966, 779:
Zum Beurteilungsspielraum
- Jellinek JZ 1952, 535 Anmerkung zu LVG Düsseldorf
B.v.21.9.1950 JZ 1952, 535
- Jesch Dietrich AÖR 82 (1957), 163
Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen
in rechtstheoretischer und verfassungs-
rechtlicher Sicht
- Kellner Hugo - NJW 1966, 857
Der sogenannte Beurteilungsspielraum in der
verwaltungsgerichtlichen Prozeßpraxis
- MDR 1968, 965
Besinnung auf die Anfechtungsklage -
Ein Beitrag zum Rechtsschutz gegen Ab-
lehnungsbescheide
- König Hans Günther DVBl 1959, 189
Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs
im verwaltungsbehördlichen Verfahren
- Kopp Ferdinand - BayVBl 1969, 272
Der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit
im Verwaltungsverfahren
Verw Arch 61 (1970) 219
Die Heilung von Mängeln des Verwaltungs-
verfahrens und das Nachschieben von Gründen
im Verwaltungsprozeß
-- Bay VBl 1970, 281
Zur Zulässigkeit einer Saldierung im
Erschließungsbeitragsrecht
- Kratzer Jakob Bay VBl 1965, 15
Nochmals zum Musterentwurf eines
Verwaltungsverfahrensgesetzes

- Kuchinke Kurt JuS 1967, 295
Die vorbereitende richterliche Sachaufklärung
(Hinweispflicht) im Zivil- und Verwaltungsprozeß
- Lang Arno Verw Arch 52 (1961), 60 ff 175 ff
Untersuchungs- und Verhandlungsmaxime im
Verwaltungsprozeß
- Lerche Peter NJW 1953, 1897
Das Nachschieben "tatsächlicher" Gründe im
Anfechtungsprozeß
- Löwer Kurt DÜV 1963, 173
Zur Anordnung der sofortigen Vollziehung
(§ 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO)
- Lücke Gerhard JZ 1969, 203
Zum Streitgegenstand im arbeitsgerichtlichen
Kündigungsschutzprozeß
JuS 1961, 41
Grundsätze des Verwaltungsprozesses
JuS 1967, 1
Der Streitgegenstand im Verwaltungsprozeß
- Lücke Gerhard JuS 1970, 205
Zawar Rolf Die Fehlerhaftigkeit von Rechtsakten
- Martens Joachim DVBl 1970, 260
Die zeitliche Fixierung des materiellen
Anspruchs im Verwaltungsprozeß
- Mayer Franz BayVB1 1960, 332
Verfahrensgrundsätze der Verwaltung
- Menger Christian ZBP 1952, 38 Anmerkung zu LVG Düsseldorf
Friedrich Urt v. 21.9.1950 ebenda
JZ 1955, 556
Anmerkung zu OVG Berlin
Urt v. 10.11.1954 JZ 1955, 555
Verw Arch 49 (1958), 181; 54 (1963), 399
55 (1964), 283; 56 (1965), 191
57 (1966), 277
jeweils: Aus der Praxis der Verwaltung und
der Verwaltungsgerichtsbarkeit.
Höchststrichterliche Rechtsprechung zum
Verwaltungsrecht
- Merk Wilhelm AöR 74 (1948) 375 Anm.zu VGH Württ.Bad.AöR 74,
Naumann Richard DVBl 1952, 695 370
Anmerkung zu OVG Lüneburg
Urt v. 30.1.1952 DVBl 1952, 693

- Niese Werner JZ 1952, 353
Der Streitgegenstand der Anfechtungs- und
Vornahmeklagen im Verwaltungsprozeß
- Noak Erwin DVBl 1963, 258 Anmerkung zu OVG Münster
B. v. 10.10.1962 DVBl 1962, 257
- Ossenbühl Fritz DÖV 1964, 511
Zum Problem der Rücknahme fehlerhafter
begünstigender Verwaltungsakte
- Pappenheim Fischers Zeitschrift 60 (1927), 1
Die Konversion fehlerhafter Staatsakte
- Rautenberg J. NJW 1955, 1545
Untersuchungsmaxime und Zurückverweisung
im verwaltungsgerichtlichen Verfahren
- Reinhardt Rainer DVBl 1967, 710
Die richtige Klageart in Wehrpflichtsachen
- Reuß Hermann - JW 1938, 3322 Anmerkung zu ProVG
Urt v. 19.5.1938 JW 1938, 3321
- DVBl 1954, 593
Der Verwaltungsakt und seine Begründung
- Röhl Hellmut NJW 1958, 1268 Das rechtliche Gehör
- Ruckriegel Werner Die Polizei 1960, 307
Das "Nachschieben von Gründen" bei schrift-
lich erlassenen polizeilichen und ordnungs-
behördlichen Verfügungen.
- Rupp Hans Heinrich DVBl 1958, 113
Die Beseitigungs- und Unterlassungsklage
gegen Träger hoheitlicher Gewalt
AöR 85(1960) 149 ff , 301 ff zur neuen Ver-
waltungsger.Ordg.
- Schack DVBl 1952, 318 ff Anmerkung zu LVG Düsseldorf
B.v.21.9.1950 DVBl 1952, 317
- Schäfer Adolf DÖV 1968, 477
Der Begründungszwang bei der Anordnung
des sofortigen Vollzuges
- Schenke Wolf-Rüdiger - DÖV 1969, 332
Gerichtliche Durchsetzbarkeit der sofortigen
Vollziehung von Verwaltungsakten mit
Drittwirkung
- AöR 95 (1970) 223
Vorbeugende Unterlassungs- und Feststellungs-
klage im Verwaltungsprozeß
- Schmidt Helmut DÖV 1962, 486
Zum Streitgegenstand der verwaltungs-
gerichtlichen Anfechtungsklage

- Wacke Gerhard AöR 79 (1953) 158
Gegenstand und Rechtskraft bei der
verwaltungsgerichtlichen Klage
- Wallerath DÖV 1970, 653
Verspätete Einlegung des Widerspruchs,
Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und
Zweitbescheid.
- Winterfeld Achim NJW 1961, 849
Das Verfassungsprinzip des rechtlichen
Gehörs
- Wintrich J.M. BayVBl 1957, 136 ff
Die Bedeutung der "Menschenwürde" für
die Anwendung des Rechts
- Wittmaak Fischers Zeitschrift 58, 99 Wieweit ist
das sächsische OVG im Anfechtungsklage-
verfahren zur Nachprüfung von Ermessens-
entscheidungen zuständig.
- Zschacke NJW 1954, 413
Die Begründung des Verwaltungsakts
und ihre Bedeutung im Verwaltungsstreit-
verfahren
- NJW 1958, 1420
Die Zurückverweisung der Sache vom
Verwaltungsgericht an die Verwaltungs-
behörde

Verzeichnis der Abkürzungen

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Anm.	Anmerkung
AÖR	Archiv des öffentlichen Rechts
ASRhPf	Ämtliche Sammlungen des OVG Rheinland Pfalz
BayGT	Bayerischer Gemeindetag Rundschreiben Zeitschrift
BayGVBl	Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt
BayVBl	Bayerische Verwaltungsblätter Zeitschrift
BayWG	Bayerisches Wassergesetz
BB	Der Betriebsberater
Bez.VerwG	Bezirksverwaltungsgericht
BFH	Bundesfinanzhof
BGBI I	Bundesgesetzblatt Teil I
bln	=berliner
BSozG	Bundessozialgericht
BSozGE	Ämtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundes- sozialgerichtes
Buchholz	Sammel- und Nachschlagewerk der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Ämtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundes- verfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Ämtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundes- verwaltungsgerichts
DV	Deutsche Verwaltung
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt Zeitschrift
DÖV	Die öffentliche Verwaltung Zeitschrift
Die Polizei	Die Polizei Zeitschrift
ESVGH	Entscheidungssammlung des Hessischen Verwaltungs- gerichtshofs und des Verwaltungsgerichtshofs Baden- Württemberg
EVWVerfG	Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes
FGO	Finanzgerichtsordnung
Fischers Zeit- schrift	Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung
Fundstelle	Die Fundstelle. Erläuterungen und Fundstellennach- weis zu allen wichtigen Vorschriften für die bayer. Gemeindeverwaltung
Fußn.	Fußnote

GewArch	Gewerbearchiv Zeitschrift
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GGWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HessVGH	Hessischer Verwaltungsgerichtshof
JuS	Juristische Schulung Zeitschrift
JW	Juristische Wochenschrift "
JZ	Juristenzeitung "
Lb	Lehrbuch
LVG	Landesverwaltungsgericht
LVwG	Allgemeines Verwaltungsgesetz für das Land
Schleswig-Holstein	Schleswig-Holstein
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift Zeitschrift
NJWzW	" " " Rechtsprechung zum Wiedergutmachungsrecht
ÖV	Die Öffentliche Verwaltung Jahrg.1948/1949
OVG	Oberverwaltungsgericht
PrOVG	Preußisches Oberverwaltungsgericht
PrOVGE	Entscheidungssammlung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts
PrVerwBl	Preußisches Verwaltungsblatt
Rdn.	Randnummer
RiA	Das Recht im Amt, Zeitschrift
Rspr.	Rechtsprechung
RVerwBl.	Reichsverwaltungsblatt
SächsOVGE	Entscheidungssammlung des Sächsischen Oberverwaltungsgerichts
SGG	Sozialgerichtsgesetz
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung (Jahrgang 1946 - 1950)
SozR	Sozialrecht, Rechtsprechung und Schrifttum (Sammelwerk)
StPO	Strafprozeßordnung
Urt v.	Urteil vom
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VGH 1, 20	Sammlung der Entscheidungen des Bayer. Verwaltungsgerichtshofs Band und Seite
VGHnF	Sammlung der Entscheidungen des Bayer. Verwaltungsgerichtshofs neue Folge
VerwRspr	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland Zeitschrift
ZBP	Zeitschrift für Beamtenrecht und Beamtenpolitik Jahrgang 1946 - 1953
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht Zeitschrift

E i n f ü h r u n g

=====

Am Beginn seiner Untersuchung über "Das Nachschieben tatsächlicher Gründe im Anfechtungsprozeß" stellte Lerche¹⁾ im Jahre 1953 resignierend fest: "Die zahlreichen Entscheidungen und die wenigen literarischen Äußerungen, die sich mit diesen überaus oft aktuell werdenden Fragen beschäftigen, sind verwirrend. Der richterliche Instinkt hat freien Spielraum, eine tragfeste Basis mangelt". Auch heute, nachdem die bundeseinheitliche Verwaltungsgerichtsordnung auf eine zehnjährige Bewährungszeit zurückblicken kann, hat diese Kritik ihre Berechtigung nicht verloren. Über die Fragen, wieweit die Behörde einem Verwaltungsakt im gerichtlichen Verfahren erstmals eine tatsächliche oder rechtliche Begründung geben kann bzw. ob sie ihre ursprüngliche Begründung ändern kann und ob dazu auch das Gericht von Amts wegen in der Lage ist, besteht noch immer keine Klarheit. Die vielfältigen Entwicklungstendenzen werden im ersten Teil dieser Arbeit verfolgt und dargestellt.

Es wird sich zeigen, daß die Argumente, mit denen das Nachschieben von Gründen verschiedentlich gerechtfertigt wird, heute noch die gleichen sind, die etwa 1898 das Preussische Oberverwaltungsgericht verwandte. Auch wenn sich mit diesen gelegentlich neue Erkenntnisse, vor allem verfassungsrechtlicher Art (Gewaltenteilung) vermischten, ist noch keine klare Linie erreicht worden.

Die Frage des Nachschiebens von Gründen liegt auf der Nahtstelle zwischen Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit²⁾, die seit der Einführung der Generalklausel deutlicher zutage tritt als zur Zeit des Enumerationsprinzips.

1) NJW 1953, 1897

2) EVwVerfG 1963, S. 62

Dies erfordert eine Prüfung der einzelnen Argumente auf ihre Vereinbarkeit mit den Postulaten des modernen Rechtsstaates, insbesondere im Hinblick auf die Prinzipien der Gewaltenteilung und den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Eine derartige Untersuchung, die den Gegenstand des zweiten Teils der Arbeit darstellt, ist umso mehr veranlaßt, als mit dem Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes auch das Bemühen offenkundig wird, die Frage des Nachschiebens von Gründen einer gesetzlichen Regelung zuzuführen³⁾. Es ist die Grundtendenz des Gesetzentwurfes, "das Gewohnheitsrecht in feste Gesetzesform"⁴⁾ zu fügen; dies läßt befürchten, daß die - bei näherem Zusehen - verfassungsrechtlich nicht unbedenkliche Gerichtspraxis, als Gewohnheitsrecht bemäntelt, Gegenstand eines Gesetzes wird, das "ein weiterer Schritt für den Ausbau unseres Rechtsstaates" sein sollte.

-
- 3) §§ 35, 36 EVwVerfG, ferner die §§ 109, 114 LVwG Schleswig-Holstein (vgl. zu diesen Ule-Sellmann DVBl 1967, 837, 840) sowie § 14 des bln. Verwaltungsverfahrensgesetzes
 - 4) EVwVerfG Geleitwort des Bundesministers des Innern (Hermann Höcherl) S. VII
 - 5) EVwVerfG, Geleitwort des Vorsitzenden des Bundestagsausschusses (Schmitt-Vockenhausen) S. IX

I. Teil
=====

1. Kapitel: Nachschieben von Gründen und
verwandte Rechtsprobleme

A. Nachschieben von Gründen im engeren Sinn

Unter dem Gesichtspunkt des "Nachschiebens von Gründen" wird in der Literatur¹⁾ und Rechtsprechung²⁾ die Frage erörtert, ob tatsächliche Umstände oder rechtliche Gründe, die die Verwaltung bei Erlaß ihrer Entscheidung nicht geltend machte, im verwaltungsgerichtlichen Verfahren berücksichtigt werden können bzw. wieweit das Gericht sie von Amts wegen heranziehen darf.

Einprägsame Beispiele, die das Problem verdeutlichen³⁾, bieten vor allem ältere Entscheidungen des Sächsischen und des Preußischen Oberverwaltungsgerichtes:

Die Behörde ordnet die Beseitigung eines Misthaufens an, weil er das Grundwasser verseuche; das Gericht⁴⁾ verneint die Gefahr der Grundwasserverseuchung, hält aber die Beseitigungsanordnung mit der Begründung, der Misthaufen sei wegen der damit verbundenen Ungezieferplage zu beseitigen.

Einem Apotheker soll wegen Geistesschwäche die Berufsausübung untersagt werden; das PrOVG⁵⁾ be-

-
- 1) Eyermann Fröhler § 113 Rdn 15; Redeker von Oertzen § 108 Rdn 27; Ule § 108 Anm IV 1; Klinger § 108 Anm F S. 402; Schunck-De Clerck § 108 Anm 5; Koehler § 113 Anm B IX 2; Tschira/Schmitt-Glaeser S. 226; Hübschmann-Hepp-Spitaler § 100 FGO Rdn 7; Ziemer-Birkholz § 100 FGO Rdn 40; Müller § 100 FGO Rdn 524; Rasch-Westrick § 57 GWB Anm 3; Müller-Henneberg-Schwartz (Jung) § 57 GWB Anm 2; Reuß JW 1938, 3322; DVBl 1954, 595; Lerche NJW 1953, 1897; Schack DVBl 1952, 317
- 2) vgl. die Zusammenstellung im Anhang
- 3) Wacke AÖR 79, 179
- 4) Sächs OVGE 17, 97
- 5) PrOVGE 106, 56

stätigt das Verbot wegen sittlicher Unzuverlässigkeit des Klägers.

Die Behörde ordnet die Räumung eines Wohnraumes wegen dessen Baufälligkeit an; das Gericht bestätigt die Anordnung nicht wegen der Baufälligkeit, sondern weil der Raum nach einer anderen Bestimmung der einschlägigen Bauordnung⁶⁾ zu klein sei.

Die Behörde verbietet die Benutzung einer Überschlagsschiffschaukel für zwei Personen, weil sich bei Unstimmigkeiten zwischen beiden Benutzern (wenn der eine den Überschlag wünscht, der andere ihn jedoch aus Furcht nicht ausführen will), eine Überbelastung des Materials ergeben könnte. Das OVG Lüneburg⁷⁾ verneint in einer neuen Entscheidung diese sog. Betriebsgefahren, prüft davon unabhängig aber die sog. Konstruktionsgefahr und stellt fest, daß die Schaukel auch für nur eine Person nicht sicher genug konstruiert ist.⁸⁾

6) PrOVGE 103, 240,

7) DVBl 1957, 275

8) Weitere Beispiele vgl.
Jellinek Gesetz S. 212
Jellinek Lehrbuch S. 264

B. Das Nachschieben von Gründen und der maßgebliche

Zeitpunkt für die Gerichtsentscheidung

Die Frage der Zulässigkeit des Nachschiebens von Gründen ist abzugrenzen zum einen gegenüber dem Problem des für die gerichtliche Entscheidung maßgebenden Zeitpunkts der Sach- und Rechtslage, zum anderen gegenüber der sog. Konversion von Verwaltungsakten.

I. Nachschieben von Gründen nur hinsichtlich solcher Umstände, die bei Erlass der Verwaltungsentscheidung bereits vorlagen.

- In dem erstgenannten Fall, in dem n a c h Erlass der Verwaltungsentscheidung neue tatsächliche oder rechtliche Umstände eintreten, geht es vor allem darum, "ob das Gericht aus irgend einem Grunde einen Verwaltungsakt aufzuheben hat, obwohl er ursprünglich rechtmäßig war oder ob es ihn bestehen lassen muß, obwohl er ursprünglich rechtswidrig war⁹⁾ (im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung aber nicht mehr). Das Nachschieben von Gründen bezieht sich im Gegensatz dazu auf Umstände, die s c h o n b e i E r l a ß des Verwaltungsaktes vorlagen, die die Behörde jedoch nicht benannte (obwohl sie für die Entscheidung maßgebend waren) oder dem Verwaltungsakt nicht zugrunde legte.¹⁰⁾

9) Redeker von Oertzen § 108 Rdn 27

10) BVerwG Urt v. 28.4.1966 BayVBl 1966, 385

BVerwG Urt v. 13.1.1955 BVerwGE 1, 311

BVerwG Urt v. 17.9.1964 BVerwGE 19, 257

OVG Münster Urt v. 27.6.1967 DVBl 1968, 313 m.w.Nachweisen aus der Rspr. dieses Gerichts

Redeker von Oertzen § 108 Rdn 27;

Ule § 108 Anm. IV 1; Koehler § 113 B IX 3 a; Klinger § 108 Anm F Fußn. 10 c

Schunck-De Clerck § 108 Anm 5; Bachof JZ 1966, 401

Hübschmann Help-Spitaler § 100 FGO Rdn 9

II. Grenzfälle

1. Rückwirkender Erlass einer Abgabensatzung.

Die Grenzen sind jedoch fließend, z.B. wenn eine Gemeinde im Verlaufe des Verwaltungsrechtsstreites um einen Abgabenbescheid die fehlerhafte Abgabensatzung durch eine rückwirkende¹¹⁾ neue Satzung ersetzt¹²⁾. Daß hier Gründe in des Wortes ursprünglicher Bedeutung "nachgeschoben" werden, läßt sich nicht bestreiten, vor allem deshalb, weil das im maßgeblichen Zeitpunkt anzuwendende Ortsrecht (von staatlichen Genehmigungsvorbehalten abgesehen) weitgehend zur Disposition der Gemeinde steht¹³⁾. So behandelte das OVG Münster diesen Fall ursprünglich¹⁴⁾ auch unter dem Gesichtspunkt des Nachschiebens von Gründen. Erst neuerdings¹⁵⁾ folgert das Gericht unter ausdrücklicher Aufgabe der früheren ~~Meinung~~ aus dem Wesen der Rückwirkung, daß die bei Verkündung des rückwirkenden Gesetzes (oder der Satzung) noch nicht unanfechtbar gewordenen Gebühren-

11) BVerwG Urt v. 22.11.1968 DÖV 1969, 359

12) OVG Münster Urt v. 25.1.1967 DVBl 1967, 585

Urt v. 27.7.1967 DVBl 1968, 312=OVGE 23,219

13) Mit dieser Überlegung setzt sich indes BVerwGUrt v. 1.3. 1967, NJW 1967, 1101 (1102) auseinander

14) OVG Münster Urt v. 27.6.1967 DVBl 1968, 313

Urt v. 25.1.1967 DVBl 1967, 585:

Der Ausschluß einer Heilung rechtswidriger Abgabenbescheide durch eine nach der letzten Verwaltungsentscheidung mit Rückwirkung erlassene Gemeindegabensatzung entspricht auch dem Grundsatz, daß die Verwaltungsbehörde zur Begründung eines von ihr erlassenen VA während des Verwaltungsstreitverfahrens nur insoweit Rechtsgründe und Tatsachen nachschieben kann, als diese bereits bei Erlass des Verwaltungsaktes vorlagen.

15) OVG Münster Urt v. 16.7.1969 DVBl 1970, 427

bescheide unmittelbar eine Rechtsgrundlage mit Gesetzesrang erhalten¹⁶⁾. Zur Begründung wird ausgeführt, das geltende Prozeßrecht biete genügend Möglichkeiten, um die Folgen des durch die Veränderung der Rechtslage sich verschiebenden Prozeßrisikos abzulenken oder abzumildern¹⁷⁾; der Kläger brauche nur die Hauptsache für erledigt zu erklären. Vom Standpunkt des Klägers läßt sich jedoch kaum einsehen, weshalb er sich statt mit einem obsiegenden Urteil, das notwendig die Kostenfolge des § 154 Abs. 1 VwGO auslöst, mit einer Billigkeitsentscheidung nach § 161 Abs. 2 VwGO zufriedengeben soll, von der er niemals sicher ist, ob sie wirklich zu seinen Gunsten ausfällt. Die Fehlerhaftigkeit der Rechtsgrundlage ist insbesondere im Bereich des Abgabenrechtes nur selten der einzige Streitpunkt zwischen den Parteien; eine Hauptsache-erledigung scheidet daher für den Kläger von vornherein aus. Sehr oft wird die Fehlerhaftigkeit z.B. der Erschließungsbeitragssatzung erst im gerichtlichen Verfahren erkannt. In diesem Falle hebt das Erstgericht in der Regel den Abgabenbescheid auf, ohne die übrigen Streitpunkte zu würdigen. Schiebt die Beklagte (Behörde) erst im Berufungsverfahren eine neue Satzung nach, so verliert der Kläger hinsichtlich dieser Einwendungen eine Tatsacheninstanz; ein Fall der Zurückverweisung nach § 130 VwGO liegt nicht vor. Die Anwendung der Grundsätze über den

16) ebenso OVG Lüneburg Urt v. 5.12.1969 DVBl 1970, 289
Urt v. 5.12.1969 DVBl 1970, 288
sowie VG Hannover DVBl 1970, 290
dagegen vor allem Obermayer S. 72:

Die Rechtsgrundlage muß in dem Zeitpunkt, in dem der VA erlassen wird, tatsächlich vorhanden sein. Es widerspräche dem rechtsstaatlichen Gebot der Rechtssicherheit, das Nachschieben einer Rechtsgrundlage durch einen Gesetz- bzw. Verordnungsgeber zuzulassen. Das gilt auch für den Fall, daß diese mit einer Rückwirkungsanordnung versehen ist. Es wäre nur möglich, durch eine nachträglich erlassene Rechtsgrundlage zu bestimmen, daß fehlerhafte (gesetzlose) Verwaltungsakte im Wege der Fiktion so zu betrachten sind, als ob sie fehlerfrei zustande gekommen wären. Eine solche Regelung könnte jedoch nur ausnahmsweise zur Bereinigung besonderer Notstände als verfassungsmäßig angesehen werden.

17) OVG Münster DVBl 1970, 428; BVerwGE 28, 208

maßgeblichen Zeitpunkt erscheint zwar konstruktiv frap-
pierend einfach, kann aber vom Ergebnis her nicht befrie-
digen. Unter dem Gesichtspunkt des Nachschiebens von Grün-
den läßt sich dafür eine wesentlich sachgerechtere Lösung
finden. Nichts wäre verloren¹⁸⁾, wenn die Behörde einen
neuen Verwaltungsakt aufgrund der neuen Rechtsgrundlage
erließe¹⁹⁾.

2. Feststellung persönlicher oder charakterlicher Eigen- schaften

Ähnliche Überschneidungen der beiden Problem-
kreise (Nachschieben von Gründen und maßgeblicher Zeit-
punkt) ergeben sich, wenn - wie z.B. in § 35 Abs.1 GewO -
persönliche Eigenschaften Gegenstand des Rechtsstreites
bilden. Hier soll, abweichend von der Regel²⁰⁾, auch bei
Anfechtungsklagen der Zeitpunkt der gerichtlichen Ent-
scheidung für die Beurteilung der Sachlage maßgebend
sein²¹⁾. Eine Veränderung der Tatsachenlage - etwa der
charakterlichen Eignung - nach Erlaß des Verwaltungs-
aktes liegt hier in aller Regel nicht vor. Was an nach-
träglichen Ereignissen noch berücksichtigt wird (be-
sonderes Wohlverhalten oder neue Straftaten) dient
lediglich als Indiz für die bereits bei Erlaß des ange-
fochtenen Verwaltungsaktes oder spätestens beim Ab-
schluß des Verfahrens vorhandenen Tatsachen

18) auch die Verjährung könnte nicht eintreten, denn der
Beitragsbescheid unterbricht die Verjährung auch dann,
wenn er später aufgehoben wird OVG Lüneburg Urt v. 26.
2.1970 DVBl 1970, 419

BVerwG Urt v. 16.10.1969 BayVBl 1970, 254
a.M. unter entsprechender Anwendung des § 212 BGB
Bayer VGH Urt v. 7.1.1970 BayVBl 1970, 296

19) Es läßt sich nicht einwenden, daß damit die Rückwirkung
der Satzung ihre Bedeutung verlöre; die Rückwirkung be-
zieht sich nicht auf den in der Vergangenheit erlassenen
Verwaltungsakt (vgl. Obermayer Fußnote 16), sondern auf
den durch diesen geregelten historischen Geschehensablauf.

20) Eyermann Froehler § 113 Rdn 2, Ule § 108 Anm III 1
Tschira/Schmitt Glaeser S. 220 ff

21) BSG Urt v. 28.3.1958 NJW 1958, 1700; BVerwG Urt.v.15.10.
64 GewArch 1965, 102

(Zuverlässigkeit, charakterliche Eignung)²²⁾.

Schließlich lehnte das Bundesverwaltungsgericht neuerdings²³⁾ die Berücksichtigung einer nachträglichen Änderung des Sachverhaltes mit einer Begründung ab, die - wie noch zu zeigen sein wird - typisch für das Problem des Nachschiebens von Gründen ist; es beantwortet die Frage des maßgeblichen Zeitpunktes danach, ob eine gebundene oder eine Ermessensentscheidung inmitten steht. Es bleibt abzuwarten, ob das Gericht eine nachträgliche Änderung der Sach- und Rechtslage in Zukunft unter den gleichen Voraussetzungen nur berücksichtigt, wie die bereits bei der letzten Verwaltungsentscheidung vorhandenen Umstände.

22) Hübschmann-Hepp-Spitaler § 100 FGO Rdn 10:

"Eine scheinbare Ausnahme von diesem Grundsatz (daß nur Gründe nachgeschoben werden können, die bei Abschluß des Verwaltungsverfahrens bereits vorlagen) stellt es nur dar, wenn die Entscheidung vom Vorhandensein oder Fehlen bestimmter Eigenschaften abhängt, z.B. persönliche Eignung nach § 7 Abs. 2 StBG, steuerliche Zuverlässigkeit nach § 8 Abs. 5 MinöStG, Vertrauenswürdigkeit nach §§ 42 Abs. 2, 47 Abs.2, 54 Abs.2 ZollG, und erst im finanzgerichtlichen Verfahren Tatsachen auftreten, aus denen auf das Fehlen oder Vorhandensein dieser Eigenschaft im Zeitpunkt des Ergehens des VA geschlossen wird". So hatte der BFH in dem Urteil vom 28.10.1966 (BFH 87, 24) beanstandet, daß das Finanzgericht die Art der Abfassung der Schriftsätze durch den Kläger im finanzgerichtlichen Verfahren, die ein beachtliches Niveau zeigen, nicht i.S. einer besonderen Bewährung nach § 5 Abs. 3 Nr. 1 StBG des Klägers gewertet hatte".

Eyermann Fröhler § 113 VWGO Rdn2:

"Davon zu unterscheiden ist, daß, wie der BayVGH n.F. 11, 138 und BVerwGE 2, 259 ausgesprochen haben, spätere Tatsachen mit von Einfluß für die Beurteilung früherer Tatsachen sein können, denn auch hier ist nur die Zeit des Erlasses des Verwaltungsaktes maßgebend, wenn die Tatsachen auch einer retrospektiven Betrachtung unterzogen werden." Vgl. ferner BSG Urt v. 23.6.1959, NJW 1959, 1607

23) BVerwG Urt v. 19.6.1969 DVBl 1970, 287:

"Da die Ausweisung (eines Ausländers) und ihr Widerruf im Gegensatz zur Gewerbeuntersagung und Wiedergestattung der Gewerbeausübung keine gebundenen Verwaltungsakte sind, findet die Rechtsmeinung, im Rahmen einer Anfechtungsklage gegen die Ausweisung könne auch geprüft werden, ob die Ausländerbehörde nach Eintritt einer neuen Sachlage die angefochtene Maßnahme aufrechterhalten dürfe, in der Rechtsprechung des BVerwG zur Rechtskontrolle einer Gewerbeuntersagung gemäß § 35 Abs. 1 GewO keine Stütze."

C. Nachschieben von Gründen und Konversion

I. Mehrdeutigkeit des Begriffs der Konversion

Zu unterscheiden ist der Begriff des Nachschiebens von Gründen ferner von der sog. Konversion von Verwaltungsakten²⁴⁾.

1) Der Begriff der Konversion in der Rechts- ----- sprechung des PrOVG -----

Das PrOVG stellte- zunächst nur für polizeiliche Anordnungen²⁵⁾, später allgemein²⁶⁾, den sog. Grundsatz der Konversion²⁷⁾ auf, wonach es nicht auf die Gründe ankomme, die eine Verfügung angebe; es genüge vielmehr, wenn die Anordnung überhaupt objektiv - sei es auch aus einem anderen als dem angegebenen Grunde - ihre Rechtfertigung in dem bestehenden Recht finde. In diesem weiten Sinne verstanden die Rechtsprechung²⁸⁾ und Literatur²⁹⁾ in den Jahren nach 1945 den Begriff der Konversion. Es wurde nicht unterschieden, ob die neue rechtliche Begründung von der Behörde vorgetragen oder von Gerichte wegen in das Ver-

24) Lerche NJW 1953, 1897

25) PrOVGE 103, 237

26) RVerwBl 1936, 1098

27) PrOVG E 106, § 57

28) BadWürttbg. VGH DÖV 1949, 177; BezVerwG Berlin-Zehlendorf VRspr 1, 305 DV 1949, 277, OVG Lüneburg ZMR 1952, 15; OVG Münster OVGE 6, 11 = DVBl 1953, 312: "Dem hier zum Ausdruck gekommenen Grundsatz der Zulässigkeit der Konversion im Sinne des Nachschiebens von Rechtsnormen schließt sich nach dem Vorgang des V. Senats (Urt v.30.5.1952) auch der erkennende Senat an. Im Verwaltungsrecht wird der Ausdruck Konversion in einem weiteren Sinne gebraucht als entsprechend dem § 140 BGB".

ebenso noch OVG Münster Urt v. 20.10.1955 ZMR 1956, 139 während das gleiche Gericht in seinem Urteil vom 22.9.1954 OVGE 9, 111 (121) bereits deutlich zwischen dem Nachschieben von Gründen und Umdeutung unterscheidet.

29) Wacke AöR 79 (1953) 178, Turegg 1950, S.181 und 157 F Hatschek-Kurtzig S. 149.

fahren eingeführt war. Die Beschränkung des Begriffs der Konversion auf die von Amts wegen durch das Gericht ermittelten und nachgeschobenen Gründe findet sich nur bei Bachof³⁰⁾. Zwar bezeichnete Konversion immer die Tätigkeit der Rechtsfindung des Gerichts³¹⁾; diese konnte aber auch dadurch ausgelöst werden, daß die Parteien³²⁾ neue Gründe vorbrachten³³⁾.

30) Bachof NJW 1953, 318

31) nicht zuletzt deshalb, weil das Problem immer nur im Zusammenhang mit gerichtlichen Entscheidungen aktuell wird

32) nicht nur die Behörde, auch der Staatsbürger; vgl. dazu OVG Münster ZMR 1956, 396:
"Ebenso, wie es einer beklagten Behörde grundsätzlich nicht verwehrt ist, während des Verwaltungsstreitverfahrens ihrem Verwaltungsakt noch eine weitere Begründung nachzuschieben, muß dies auch für den Betroffenen Staatsbürger zugelassen werden".

33) Schack DVBl 1952, 319:
"Wenn die VerwBehörde Gründe nachschiebt, um einen an sich ungültigen Akt aufrecht zu erhalten, so fällt dies nicht unter den Begriff der Konversion, weil das Wesen der Konversion im Rechtssinne darin besteht, daß der Richter den Erlaß eines gültigen Akts der Verwaltungsbehörde zurechnet. Wohl aber kann das Nachschieben von Gründen durch die VerwBehörde zu Konversion führen, dann nämlich, wenn es zum Streite kommt und das VerwGericht entscheiden soll, denn dann entsteht die Frage, ob das Gericht den an sich ungültigen Akt nunmehr infolge der von der Behörde - sei es vor dem Verfahren wie etwa im Beschwerdebescheid oder während desselben - nachgeholten Gründe durch Zurechnung eines entsprechenden Willens aufrecht erhält, also z.B. ob es eine ungültige baupolizeiliche Verfügung infolge von der Behörde nachgeholter Gründe als sicherheitspolizeiliche gelten lassen kann". Bad VGH DÖV 1949, 178

2) Konversion im engeren Sinn

Im engeren Sinne versteht die neuere Rechtsprechung³⁴⁾ die Konversion (in entsprechender Anwendung des § 140 BGB³⁵⁾ in einen anderen rechtmäßigen Verwaltungsakt³⁶⁾ als Umdeutung fehlerhafter Verwaltungsakte unter Aufrechterhaltung der tatsächlichen Voraussetzungen. Diese Unterscheidung gegenüber der "Heilbarkeit durch nachträgliches Vorbringen"³⁷⁾ beherrscht die meisten Lehrbücher³⁸⁾ und Kommentare³⁹⁾. Nur vereinzelt wird die Trennung auch heute noch nicht scharf durchgeführt⁴⁰⁾ oder der Begriff der Umdeutung (Konversion) als Oberbegriff⁴¹⁾ verwandt.

-
- 34) LVG Düsseldorf Urt v. 21.9.1950 DVBl 1952, 317:
"Die Rechtsprechung hat zwar in einer Mehrzahl von Fällen die Konversion, d.h. die Umdeutung eines fehlerhaften Verwaltungsakts in einen anderen für zulässig erachtet (vgl. ProVG 106, 56; BezVerwG Berlin-Zehlendorf VRspr 1, 305). Bei näherer Prüfung ergibt sich aber, daß in diesen Entscheidungen mit "Konversion" keineswegs stets dasselbe gemeint ist, sondern daß darunter verstanden wird
a) das bloße Nachschließen von Gründen,
b) die Berichtigung der Bezeichnung (falsa demonstratio)
c) die echte Umdeutung"
Vgl. dazu die Anm. von Menger ZBR 1952, 36 ff sowie Jellinek JZ 1952, 535 und Schack DVBl 1952, 318;
ferner Bayer. VGH B.v.1.4.1954 VGHnF 7, 61, BVerwG Urt v. 11.11.1960 BVerwGE 12, 9
- 35) dazu eingehend Pappenheim,
Die Konversion fehlerhafter Staatsakte
Fischers Zeitschrift 60, 1 ff
- 36) Redeker v. Oertzen § 108 Rdn 37
- 37) Jellinek Gesetz S. 211
- 38) Jellinek Lb.S. 264, 265 Wolff § 51 Vc
Mang-Maunz-Mayer-Obermayer S. 197,
Mayer S. 107, Peters S. 166
- 39) Redeker von Oertzen § 108 Rdn 37, Ule § 108 Anm. IV 2,
Eyermann Fröhler Anh. 542 Rdn 17
- 40) Turegg S. 33; Klinger § 108 Anm. F;
Beuster RiA 1956, 338
- 41) Koehler § 113 Anm. IX

II. Materielle Voraussetzungen einer Konversion im engeren Sinne

1) Änderung der Identität des Verwaltungsaktes

Während das Nachschieben von rechtlichen und tatsächlichen Gründen nach herrschender Meinung nur zulässig ist, soweit die Identität des Verwaltungsaktes erhalten bleibt⁴²⁾, liegt es im Wesen der Konversion, daß der Ersatzakt entweder eine andere rechtliche Struktur oder einen anderen Inhalt erhält als der nichtige bzw. sonst fehlerhafte Ursprungsakt⁴³⁾; er ist diesem gegenüber ein aliud⁴⁴⁾.

Die Umdeutung wird allgemein⁴⁵⁾ als zulässig angesehen, wenn der Ersatzakt in materieller und formeller Hinsicht dem Zweck des fehlerhaften, umgedeuteten Verwaltungsaktes entspricht und anzunehmen ist, daß der Ersatzakt bei Kenntnis der Fehlerhaftigkeit gewollt sein würde⁴⁶⁾.

- 42) Bachof JZ 1966, 401; Menger System S. 178 Tschira-Schmitt Gläser S. 227; vgl. ferner die unter BE 1 genannte Rechtsprechung.
- 43) Pappenheim S. 22; Koehler § 113 B IX 4:
"Die Bedeutung der Umdeutung liegt darin, daß in vollem Umfange ein anderer Verwaltungsakt an die Stelle des ursprünglichen tritt".
- 44) OVG Rh.Pf. Urt v. 30.7.1954 VRspr 8, 650
- 45) Eyermann-Fröhler Anh.§ 42 Rdn 17; Redeker von Oertzen § 108 Rdn 37; Ule § 108 Anm IV 2; Schütz MDR 1954, 458 (461); LVG Düsseldorf Urt v. 21.9.1950 DVBl 1952, 318; OVG Münster Urt v. 3.4.1952 DÖV 1952, 760; v. 18.6.1958 OVG 13, 310 Hess VGH Urt v. 18.11.1949 DÖV 1950, 155 Urt v. 14.11.1952 ESVGH 2, 17 OVG RhPf 30.7.1954 AS RhPf 4,97; BVerwG Urt v. 11.11.1960 BVerwGE 12, 9;
- 46) Schack: DVBl 1952, 319: Die Voraussetzung, daß der fehlerhafte Verwaltungsakt einem gültigen anderen entspricht, "hat eine formelle und eine materielle Seite. Informeller Beziehung ist, wie Pappenheim (S. 17 ff) im einzelnen erläutert, ein "Entsprechen" nur dann möglich, wenn erstens keiner der beiden Akte so streng formgebunden ist, daß er nur das eine sein kann, wenn zweitens der Ersatzakt keine Formvorschriften hat, die über diejenigen des nichtigen Aktes hinausgehen, und wenn drittens die Zuständigkeit des den Verakt erlassenden Staatsorgans für beide gegeben ist. Die materielle Konnexität bestimmt sich in der Weise, daß der Zweck des Ersatzaktes dem des nichtigen entspricht. Wie Pappenheim (S. 22) bemerkt, wird der Ersatzakt nur selten demselben Zweck dienen und genau denselben Erfolg herbeiführen können wie der ursprüngliche Akt - auch ein Teil des beabsichtigten Erfolges oder ein ähnlicher Zweck müssen für die Konversion genügen. Jedenfalls muß aber im wesentlichen der Zweck des Ersatzaktes dem des nichtigen entsprechen.

"Überzeugende Beispiele für eine solche zulässige Umdeutung dürften sich", wie Obermayer⁴⁷⁾ hervorhebt, allerdings "nur schwer finden lassen".

2. Konversion nicht nur bei nichtigen, sondern auch

bei anfechtbaren Verwaltungsakten

Die Meinungen darüber, ob eine Umdeutung in engerem Sinne bei nichtigen oder auch bei den nur anfechtbaren Verwaltungsakten Platz greift, gehen auseinander. Sehr am Wortlaut des § 140 BGB haftend, hält das OVG Münster im Urteil vom 3.4.1952⁴⁸⁾ eine Umdeutung nur bei nichtigen Verwaltungsakten für zulässig.

Schon Pappenheim⁴⁹⁾ stellte fest, daß nicht nur der - im engeren Sinne - nichtige Verwaltungsakt, sondern auch der nur fehlerhafte einer Umdeutung fähig sei. Eine Konversion des letzteren sei aber nur zulässig im Rahmen einer Anfechtung, die geeignet ist, einen Richterspruch zu erzielen, der die Verfügung für ungültig erkläre. Da der nicht nichtige, sondern nur sonst fehlerhafte Verwaltungsakt, solange er nicht angefochten und sobald er unanfechtbar ist, von jedermann beachtet werden muß⁵⁰⁾, sei eine Umdeutung weder notwendig noch zulässig; insbesondere könne auch die Verwaltungsbehörde nach Eintritt der Unanfechtbarkeit nicht von sich aus konvertieren⁵¹⁾, denn die durch den Verwaltungs

47) S. 79

48) DÖV 1952, 760 = VRspr 5. 157

49) aaO S. 17

50) Eyermann Fröhler Anh. § 42 Rd 21

51) wie etwa aus der Entscheidung des BadVGH DÖV 49/178 entnommen werden könnte:

"Die Rechtswirksamkeit der Verfügung hängt in erster Linie davon ab, ob die von der Beklagten im Rechtsstreit vorgebrachte Konversion zulässig ist".

akt verursachte rechtliche Veränderung ist von diesem Zeitpunkt an existent. Die Umdeutung sonst fehlerhafter Verwaltungsakte ist also nur im Rahmen des Anfechtungsverfahrens⁵²⁾ möglich. Ohne dies ausdrücklich zu erwähnen, gehen davon offensichtlich auch all diejenigen aus, die generell eine Konversion sonst fehlerhafter Verwaltungsakte⁵³⁾ aus dem allgemeinen Rechtsgedanken des § 140 BGB heraus für zulässig halten. Inwieweit eine Konversion von Verwaltungsakten dem heutigen Verständnis des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens entspricht, ist später (II. Teil 1. Kapitel V III) zu erörtern; die Bedenken, die sich aus dem Rechtsstaatsprinzip und dem Grundsatz der Gewaltenteilung gegen das Nachschieben von Gründen ergeben, bestehen nicht minder für eine eventuelle Konversion.

52) Aus der Bemerkung Pappenheims (aaO S. 17), die Konversion sonst fehlerhafter Verwaltungsakte sei nur "nach erfolgter Anfechtung" zulässig, kann nicht dahin gedeutet werden, daß der Verwaltungsakt (scil.durch Urteil) vernichtet sein müsse, wie Schack (DVBl 1952, 318) anzunehmen scheint. Vgl. dazu Schütz MDR 1954, 461: "Das wäre ein durch nichts zu rechtfertigender Formalismus und würde verfahrensrechtlich den Verwaltungsgerichten die Möglichkeit zur "Umdeutung" nehmen, da deren Tätigkeit mit der Aufhebung des Verwaltungsaktes (und einer evtl. Verpflichtung) abgeschlossen ist."

53) Eyermann Fröhler Anh. § 42 Rdn 18; Redeker von Oertzen § 108 Rdn 37
Ule § 108 Anm IV 2; Koehler § 113 B IX 4
Turegg S. 33 Fußn 2 Schütz MDR 1954, 461
Bachof JZ 1962, 667 Bad Württ VGH ESVG 13, 185

2. Kapitel: Die Rechtsprechung zum Problem des Nachschiebens von Gründen

A. Entwicklung des Grundsatzes der Zulässigkeit des Nachschiebens von Gründen

I. Die Rechtsprechung des Preußischen Oberverwaltungsgerichtes

Der Rechtsgedanke, mit dem bis in unsere Zeit der Begriff des Nachschiebens von Gründen verbunden ist, taucht unversehens in den Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts vom 14.11.1878¹⁾, 1.4.1880²⁾ und 10.4.1880³⁾ auf: "Erweist sich der Gesichtspunkt, von welchem die angefochtene Verfügung selbst und der Beklagte ausgehen, als ein rechtsirriger, so folgt daraus doch keineswegs die Notwendigkeit, die Verfügung aufzuheben. Der Verwaltungsrichter hat - insoweit wenigstens - unabhängig von den Anführungen der Beteiligten zu prüfen, ob die Verfügung nach Maßgabe der §§ 31, 30 Nr. 1 und 2 des Zuständigkeitsgesetzes vom 26. Juli 1876 der Aufhebung unterliegt oder nicht".

Diese Rechtsprechung wird fortgeführt in den Urteilen vom 11.9.1886⁴⁾, 18.9.1897⁵⁾ und 22.1.1950⁶⁾. Das Gericht wendet diesen von ihm als "K o n v e r s i o n" ⁷⁾ bezeichneten Grundsatz in erster Linie bei der Prüfung polizeilicher Verfügungen an⁸⁾, beschränkt

1) PROVGE 4 § 270 ff:

"Der Amtsvorsteher ordnet die Räumung eines Baches an; die Verfügung wird angefochten mit der Behauptung, sie sei im Interesse des Uferschutzes erlassen worden, wofür eine Rechtsgrundlage nicht bestehe. Im Verfahren trägt der Amtsvorsteher vor, die Maßnahme sei zulässigerweise im Interesse der Vorflut getroffen worden. Das Gericht weist die Klage aus diesem Grunde ab."

2) PROVGE 6, 307 (310)

3) PROVGE 6, 359 (366)

4) PrVBl 8, 23

5) PrVBl 19, 152

6) PROVGE 36, 239

7) PROVGE 56, 314: 103, 240; 106, 57

8) vgl. außer den in Anm. 7 genannten Entscheidungen PROVGE 40, 374; 106, 56

ihn aber nicht auf diese allein; in den Entscheidungen vom 19.5.1938⁹⁾ und 29.9.1938¹⁰⁾ dehnt es ihn auf Zwangsgeldandrohungen aus.

Die Entscheidung vom 16.7.1936¹¹⁾ spricht allgemein davon, daß "der Bestand und die praktische Tragweite **b e h ö r d - l i c h e r** Erlasse nicht allein an den gesetzlichen Bestimmungen zu messen sei, auf die sie sich ausdrücklich berufen".

Als nachgeschobene Grundlagen kommen nach dieser Rechtsprechung "sowohl andere rechtliche Bestimmungen als auch andere tatsächliche Verhältnisse"¹²⁾ in Frage. Ob die Gründe von der Behörde¹³⁾ nachgeschoben oder vom Gericht ermittelt werden, bleibt gleich. Die Berechtigung zu dieser Konversion entnimmt das Gericht offenbar¹⁴⁾ aus § 127 Abs. 3 Ziff. 2 des "Gesetzes über die allgemeine Landesverwaltung"¹⁵⁾; ausdrücklich begründet es seine Ansicht jedoch erst in der Entscheidung vom 19.5.1938¹⁶⁾. Wie Jellinek¹⁷⁾ die Zulas-

9) PrOVGE 102, 180

10) PrOVGE 103, 240

11) RVerwBl 1936, 1098; ähnlich weit bereits PrOVG 6, 310

12) PrOVGE 106, 57 ebenso 102, 182

13) PrOVGE 4, 272

14) Jellinek Lehrb S. 264; Friedrichs PrVerwBl 45, 456;

a.M. Reuß JW 1938, 3324

15) Gesetz vom 30.7.1883;

§ 127 Abs. 2: Gegen den in letzter Instanz ergangenen Bescheid des Regierungspräsidenten beziehungsweise des Oberpräsidenten findet die Klage bei dem Obergerverwaltungsgerichte statt. § 127 Abs. 3: Die Klage kann nur darauf gestützt werden,

1. daß der angefochtene Bescheid durch Nichtanwendung oder unrichtige Anwendung des bestehenden Rechts, insbes. auch der von den Behörden innerhalb ihrer Zuständigkeit erlassenen Verordnungen den Kläger in seinen Rechten verletzt;

2. daß die tatsächlichen Voraussetzungen nicht vorhanden seien, welche die Polizeibehörde zum Erlass der Verfügung berechtigt haben würden".

Vgl. dazu Brauchitsch Anm. 240 zu § 127

16) Wie Anm. 9

17) Gesetz S. 213

sung nachträglichen Vorbringens einfach als "Gebot rechtlicher Sparsamkeit" bezeichnet hatte, führte das Gericht aus, es würde jeden Sinnes entbehren und nur zu einem Leerlauf bei klarer Rechtslage führen, wenn die Polizei genötigt wäre, die gleiche, an sich bereits als rechtlich zulässig erkannte Zwangsgeldfestsetzung nur unter Anführung einer anderen Polizeiverordnung nochmals zu erlassen und der Betroffene erneut dagegen den Rechtsmittelweg erschöpfen könnte".

Daraus ergibt sich aber auch die Beschränkung des an sich nicht unbedenklichen Grundsatzes¹⁸⁾.

Er gilt nicht "sobald es die Polizeibehörde ausdrücklich abgelehnt hat, ihr Vorgehen auf einen gewissen Grund stützen zu wollen".¹⁹⁾

Ferner darf die "Ersetzung tatsächlicher Grundlagen" nicht den "Charakter" einer (polizeilichen) Verfügung verändern²⁰⁾. Das PrOVG hält es daher für unzulässig, die Tat, um derentwillen eine Zwangsgeldstrafe wegen Verstoßes gegen eine Polizeiverordnung verhängt wurde, durch eine andere zu ersetzen, um die festgesetzte Zwangsgeldstrafe aufrechtzuerhalten. Der tatsächliche Grund, aus dem die polizeiliche Forderung des Zwangsgeldes ergeht, gebe ihr erst den "Charakter" der Strafmaßnahme.

Die Änderung tatsächlicher Grundlagen darf schließlich nicht zu einer Verletzung des Anspruchs der Partei auf rechtliches Gehör führen²¹⁾.

Eine weitere Einschränkung des Grundsatzes fordert

18) Jellinek, Gesetz S. 213

19) PrOVG PrVB1 24 S. 632

20) PrOVGE 103, 241

21) PrOVGE 106, 57

Jellinek bei abgeschlossenen Tatbeständen²²⁾; denn hier ver-
fange das Argument nicht mehr, daß die Behörde ohnehin die Macht
besitze, die Verfügung mit verbesserter Begründung zu wiederholen.

Das Gericht begründete die Ausnahmen ebensowenig, wie die
Regel; es fällt schwer, anzunehmen, daß die Ausnahmen einem ein-
heitlichen Grundgedanken²³⁾ entspringen; die Rechtsprechung er-
scheint insoweit sehr vom Ergebnis des Einzelfalles her bestimmt.

II. Die Rechtsprechung von 1945 bis 1955

Die Ansichten der Gerichte zu dieser Rechtsfrage in der
Zeit unmittelbar nach der Einführung der Generalklausel diver-
gieren von Land zu Land.

1. Anfänglich klare Entscheidungen für oder wider die Zulässigkeit des Nachschiebens von Gründen

Während die norddeutschen Verwaltungsgerichte²⁴⁾ an
den Grundsätzen des ProVG festhalten, lehnen der

22) Jellinek Lehrbuch S. 264:

Die Polizei verbietet eine Versammlung, weil Ausschreitungen
zu befürchten seien. Die Verfügung wird angefochten, die
Begründung als unhaltbar dargetan. Vielleicht ein Jahr nach
der geplanten Versammlung kann die Polizei nicht mit der
Behauptung kommen, die Treppe zum Versammlungsraum sei zu
eng gewesen.

Vgl. dazu Schack DVBl 1952, 319

23) etwa, daß eine "Konversion" ausgeschlossen sei, wenn sie das Wesen des Verwaltungsaktes berühre.

24) Bezirksverwaltungsgericht Berlin-Zehlendorf Urt v.8.10.1948

VRspr 1, 305 = DV 1949, 277

OVG Lüneburg 18.1.1951 ZMR 1952, 15

" " 25.10.56 DVBl 57, 279

OVG Münster 20.3.1950 OVGE 1, 109

" " 3.4.1952 VRspr 5, 157 = DÖV 1952, 761

" " 17.6.1952 OVGE 6, 11 = DVBl 1953, 312

" " 28.10.1952 " 6, 144

" " 9.1.1953 ZMR 53, 93

" " 22.9.1954 OVGE 9, 111 ff

" " 27.6.1955 OVGE 9, 297

" " 20.10.1955 ZMR 1954, 139

" " 8.6.1956 ZMR 1956, 346

" " 14.7.1959 OVGE 15, 103

" " 26.5.1964 GewArch 1965, 142

" " 17.2.1966 OVGE 22, 112

" " 27.6.1967 DVBl 1968, 312

Württemberg-Badische²⁵⁾ und der Bayerische Verwaltungsgerichtshof²⁶⁾ das Nachschieben von Gründen anfänglich kategorisch ablehnte. Das Verwaltungsgericht dürfe einen beschwerenden Verwaltungsakt nicht abändern und zwar auch dadurch nicht, daß es ihm eine andere rechtliche Grundlage gebe.

Diese Rechtsprechung ist; jedenfalls was den BayerVGH betrifft, eine deutliche Abkehr von der früheren Praxis. Der BayerVGH hatte zwar den Grundsatz der Konversion niemals mit der Deutlichkeit des ProVG formuliert, er hatte sich aber aufgrund der Offizialmaxime immer für berechtigt gehalten (etwa im Versicherungsrecht) einen nicht ausdrücklich geltend gemachten (Unterstützungs) -Anspruch zu prüfen, wenn der erhobene primäre für nicht begründet erkannt wurde²⁷⁾. Mochte die Verwaltungsgerichtsbarkeit im vernationalistischen Staat noch als eine Art Selbstkontrolle der Verwaltung angesehen worden sein, so war diese Verbindung mit der Einführung der Generalklausel unterbrochen.

25) Urt v. 5.8.1947 AöR 74 371 (mit Anm.von Merk)=NJW 1948 396
= SJZ 1948, 156 = DV 1949, 61

Urt v. 14.5.1948 VRspr 1, 47; Urt v. 15.10.1948 ÖV 1949, 178

26) Urt v. 28.10.1948 DV 1949, 72:

Bereits im Urteil vom 6.2.1948 VGH nF 1, 50 hatte das Gericht zwar eine Inanspruchnahme eines Kraftfahrzeuges zur Verfügung in eine solche zur Benutzung umgedeutet und insoweit die Klage des Eigentümers abgewiesen. Jedenfalls von der Argumentation des Gerichts her gesehen, liegt aber ein Widerspruch zwischen beiden Urteilen nicht vor. In VGHnF 1, 59 führt das Gericht aus:

"Das Verwaltungsgericht kann also, von den gesetzlich bestimmten Ausnahmefällen abgesehen, den angefochtenen VA nicht selbst durch einen anderen ersetzen. Um eine solche Ersetzung handelt es sich aber nicht bei dem Verhältnis der Inanspruchnahme zur Benützung und jener zur Verfügung (d.h.zu Eigentum) im Rahmen des § 15 RLG. Beide Abstufungen des Begriffs der Inanspruchnahme stehen nach dem Gesetz zueinander im Verhältnis des "Weniger" das in dem Mehr enthalten ist". Dazu Menger ZBP 1952, 38 und System S. 175 f

27) VGH 16, 206, ähnlich 11, 550 und 26, 336
vgl. auch Dyroff S. 565 und 685

Der Bayer. VGH und der Württ.Bad.VGH ziehen daraus die Folgerung und lehnen das Nachschieben einer anderen rechtlichen (!) Grundlage ab, weil es das Wesen des Verwaltungsaktes ändere²⁸⁾ und dazu nur die Verwaltungsbehörde berechtigt sei²⁹⁾. Greift die Behörde in der Wahl ihrer Begründung fehl, so hat das Gericht nicht das Recht, in das Ermessen der Verwaltungsbehörde einzugreifen.

2. Angleichung der gegenseitigen Meinungen

Die anfangs strengen Maßstäbe werden relativ schnell gelockert. So stellt der Bayer VGH³⁰⁾ klar, von einem Eingreifen in das Ermessen der Verwaltungsbehörde könne jedenfalls dann nicht gesprochen werden, wenn das Gericht das tatsächliche Vorbringen der Behörde lediglich auf eine andere Rechtsnorm stützt, als dies in der Begründung des Verwaltungsaktes geschehen ist und wenn diese andere Rechtsgrundlage ihrem sachlichen Inhalt nach die gleiche ist, auf die der Verwaltungsakt ursprünglich gestützt war, sodaß der von dem Verwaltungsakt Betroffene seine Einwendungen in tatsächlicher Hinsicht auf die

28) BayerVGH DV 1949, 72:

"Dann handelt es sich nämlich nicht mehr um den angefochtenen, sondern um einen auf einer anderen Rechtsgrundlage aufgebauten Verwaltungsakt, der noch nicht vorliegt und deshalb auch nicht zur Entscheidung stehen kann".

29) WürttBadVGH AöR 74, 374:

"Dagegen hängt es bei der Gestaltung eines Einzelfalles durch einen rechtsändernden VA durchaus von dem Ermessen der Verwaltungsbehörde ab, ob sie von einer Befugnis, die ihr ein bestimmtes Gesetz einräumt, Gebrauch machen will oder nicht.

Württemberg VRSpr 1, 50:

"Es ist nicht Aufgabe der Verwaltungsgerichte, die vom Anfechtungsgegner sowohl bei Erlassung der angefochtenen Verfügung, wie im Laufe des Rechtsstreites ausdrücklich als anwendbar und ausreichend bezeichnete gesetzliche Grundlage ihres Verwaltungsaktes durch eine andere zu ersetzen". Ähnlich Urt v. 4.1.52 DVBl 1952, 223

30) Urt v. 30.7.1951 DÖV 1952, 316 = DVBl 1951, 243

gleichen Gründe stützen kann, wie gegen den ursprünglich rechtlich anders begründeten VA". Der WürttBadVGH³¹⁾ erklärt einschränkend, ein Nachschieben von Gründen sei jedenfalls insoweit nicht schlechthin verwehrt, als die neue Begründung in der gleichen Richtung wie die ursprüngliche liege und daher verteidigungsweise mit den gleichen Gegengründen bekämpft werden könne.

3. Rückkehr zur Rechtsprechung des ProVG

In seinem Urteil vom 13.2.1953³²⁾ gelangt der BayerVGH -nicht zuletzt unter dem Einfluß der Rechtsprechung des OVG Münster³³⁾ und des BezVerwG Berlin - Zehlendorf³⁴⁾- zu der Auffassung, daß das Verwaltungsgericht eine von der Behörde zur Begründung des angefochtenen Verwaltungsaktes nachgebrachte Rechtsnorm zu berücksichtigen habe, wenn bei Anwendung der nachgeschobenen Rechtsnorm auf den ursprünglichen Sachverhalt der Verwaltungsakt seinem Wesen nach keine Änderung erfahre. Das Gericht setzt sich über seine frühere Meinung³⁵⁾, daß das Wesen eines Verwaltungsaktes durch seine Begründung bestimmt werde, hinweg und folgt nun der Argumentation des ProVG³⁶⁾, daß die Rechtswirksamkeit eines Verwaltungsaktes allein von der in ihm getroffenen Verfügung (dem "Verfügungssatz"), nicht aber von der Begründung abhängt. Die Auffassung, daß der Verwaltungsakt nur dahin zu prüfen sei, ob er nach der von der Behörde angegebenen Rechtsnorm gerechtfertigt sei, enge die Rechtsfindung des Gerichts ungebührlich ein; durch ein Urteil, das sich darauf beschränke, zu prüfen, ob der angefochtene Verwaltungsakt durch die von der Behörde ursprünglich angegebene Rechtsnorm getragen wird, werde der Streit der

31) Urt v. 15.9.1949 DÖV 1949, 477; ebenso HessVGH Urt v. 7.11.1952 ESVGH 3, 15 (21)

32) VGHnF 7, 1 ff = VRspr 5, 372 (374)

33) DÖV 52, 760 wie Anm. 24

34) DV 1949, 277 wie Anm. 24

35) DV 1949, 72

36) insbes. ProVGE 103, 241

Beteiligten in Wirklichkeit nur unterbrochen. Denn die Behörde wird durch ein solches Urteil nicht gehindert, den durch die Anfechtungsklage zu Fall gebrachten VA sofort auf der Grundlage der Rechtsnorm, die sie im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht mehr geltend machen durfte, neu zu erlassen³⁷⁾.

III. Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes und ihre Ausstrahlungen.

1) Im Beschluß vom 24.9.1953³⁸⁾ macht sich das BVerwG die Rechtsansicht und die Argumente des BayerVGH - von dem konkreten Anlaß abgesehen aber in Wirklichkeit die des ProVG zu eigen: Wesentlich für einen Verwaltungsakt sei zunächst, was er bezwecke und wie er hierbei in den Rechtskreis des einzelnen eingreife. Die rechtliche Begründung folge erst in zweiter Hinsicht. Dies ergebe sich schon daraus, daß der Verwaltungsakt, soweit nicht gesetzlich etwas anderes bestimmt sei, auch ohne jegliche rechtliche Begründung erlassen werden könne³⁹⁾. Durch eine andere rechtliche Begründung werde daher - von Ausnahmen abgesehen - kein anderer Verwaltungsakt geschaffen, sondern nur der Verwaltungsakt auf eine andere Grundlage gestellt.

2) Offen ließ das Gericht ausdrücklich die Frage, ob eine Änderung des Sachverhaltes im verwaltungsgerichtlichen Verfahren noch zulässig ist.

a) Dies hatte der HessVGH bereits im Urteil vom 7.11.1952⁴⁰⁾ dann angenommen, wenn der Betroffene dadurch in seiner Rechtsverteidigung nicht beeinträchtigt wird und wenn bei

37) vgl. den gleichen Gedankengang in ProVGE 102, 180

38) BVerwGE 1, 12; Der Kläger hatte gegen das Urteil des BayerVGH Revision eingelegt und die Bewilligung des Armenrechtes beantragt.

39) so bereits LVG Rheinland Pfalz Urt v. 24.4.1952 DVBl 53,80

40) ESVG 3, 15 (21) vgl. im übrigen Anm. 31

einer Ermessensentscheidung die Behörde selbst die neuen Tatsachen vorträgt⁴¹⁾ und damit zu erkennen gibt, daß sie ihr Ermessen unter Berücksichtigung der neuen Tatsachen nicht anders ausüben, sondern an der Verfügung festhalten, ja sie gegebenenfalls allein damit begründen will. Von einer Beeinträchtigung der Rechtsverteidigung könne dann nicht gesprochen werden, wenn die neuen Tatsachen alsbald nach Erhebung der Klage vorgetragen werden und in derselben Richtung liegen, insbesondere, wenn sie nach denselben rechtlichen Gesichtspunkten zu würdigen sind, wie die bisher vorgetragenen Tatsachen. Der HessVGH fand bald darauf⁴²⁾ nochmals Gelegenheit, seine Rechtsansicht zu untermauern: soweit die Behörde nur neue Rechtsgründe geltend mache, könne sie darin nicht beschränkt werden; denn das Verwaltungsgericht prüfe den Verwaltungsakt gerade auf seine Rechtmäßigkeit; stehe er mit den Gesetzen in Einklang, so entspreche es dem Sinn der Rechtsordnung, daß der mit hoheitlicher Kraft ausgestattete Akt aufrechterhalten bleibe⁴³⁾. Der dem Staatsbürger durch die Anfechtungsklage gegebene Rechtsschutz könne also durch die Geltendmachung neuer Rechtsgründe nicht geschmälert werden, wohl aber dadurch, daß die Behörde dem Verwaltungsakt eine neue tatsächliche Begründung gebe. Auch hier sprächen aber Gründe der Prozeßersparnis für weitgehende Zulassung dieses sog. Nachschiebens;

-
- 41) Das Gericht hatte im Gegensatz dazu im Urteil vom 10.11. 1950 (DÖV 1951, 82) erklärt, der Sachverhalt müsse von Amts wegen erforscht werden, wenn eine Ermessensentscheidung die Gründe des Ermessens nicht erkennen ließe. Vgl. hierzu die mit Recht ablehnende Anm. von Hufnagl DÖV 1951, 221
- 42) Urt v. 3.11.1954 ESVGH 4, 18
- 43) ähnlich VGH Bremen Urt v. 23.4.1952 DVBl 1953, 176: Es ist davon auszugehen, daß die Rechtsordnung eine Einheit bildet und das VG deshalb grundsätzlich zu prüfen hat, ob der VA irgendwo in der Rechtsordnung seine Stütze findet". Klinger § 108 Anm. F S. 403

dieses finde seine Grenze aber dann, wenn sich der Staatsbürger gegenüber neuen Tatsachen nicht mehr rechtzeitig oder ausreichend zur Wehr setzen könne.

- b) Das BVerwG, das sich dieser Ansicht anschließt, verrät nicht allzuviel Phantasie, wenn es im Urteil vom 13.1.1955 seinen Beschluß vom 24.9.1953 fast wörtlich wiederholt und ausführt, bei einem Verwaltungsakt sei zwischen dem Ausspruch und seiner Begründung zu unterscheiden. "Der Ausspruch wird grundsätzlich nicht dadurch verändert, daß ihm eine andere tatsächliche Begründung beigegeben wird; denn die Behörde will hierbei immer nur das gleiche aussprechen, es nur auf andere Weise rechtfertigen. Deshalb wird durch die andere tatsächliche Begründung im allgemeinen kein anderer Verwaltungsakt, sondern nur derselbe Verwaltungsakt auf eine andere tatsächliche Grundlage gestellt"⁴⁴⁾.

3) An dem im ersten Band der Entscheidungssammlung entwickelten Grundsatz der Zulässigkeit des Nachschiebens rechtlicher Ausführungen und tatsächlicher Gründe hält das BVerwG

44) Urt v. 13.1.1955 BVerwGE 1, 311 vgl. dazu BVerwGE 1, 13:

"Der Ausspruch wird grundsätzlich nicht dadurch verändert, daß ihm eine andere rechtliche Begründung beigegeben wird; denn die Behörde will hierbei immer das gleiche aussprechen, es nur auf eine andere Art rechtfertigen. Deshalb wird durch die andere rechtliche Begründung, von Ausnahmen abgesehen, kein anderer Verwaltungsakt geschaffen, sondern nur derselbe Verwaltungsakt auf eine andere Grundlage gestellt".

auch in der Folgezeit fest⁴⁵⁾. Die übrige Rechtsprechung folgt bereitwillig dem meist ohnehin schon eingeschlagenen Weg⁴⁶⁾. Auch das Bundessozialgericht⁴⁷⁾ schließt sich der Rechtsprechung an.

So beherrscht der Grundsatz, daß die Behörde Tatsachen und Rechtsgründe nachschieben kann, soweit dadurch das Wesen des angefochtenen Verwaltungsaktes nicht verändert und die Rechtsverteidigung des Staatsbürgers nicht beschränkt wird, unangefochten die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte.

45) hins. Nachschiebens rechtlicher Gründe vgl.

Urt v. 27.9.1955 Bay VBl 1956, 54

Urt v. 15.5.1957 DVBl 1957, 731, wo das Nachschieben zu Unrecht als Fall der reformatio in peius bezeichnet wird
vgl. Menger VArch 49, 181

Urt v. 8.5.1958 DVBl 1958, 757

Urt v. 4.6.1958 DÖV 1959, 185

Urt v. 12.1.1962 GewArch 1962, 87

Hinsichtlich des Nachschiebens tatsächlicher Gründe:

Urt v. 6.3.1959 DVBl 1959, 438

Urt v. 24.2.1960 BVerwGE 10, 173 (176)

Urt v. 21.10.1960 BVerwGE 11, 170

Urt v. 17.9.1964 BVerwGE 19, 257

Urt v. 29.1.1965 BVerwGE 20, 219

Urt v. 28.4.1966 DÖV 1967, 63

Urt v. 2.4.1968 DVBl 1968, 428

46) OVG Münster Urt vom 27.6.1955 (OVGE 9, 297)

OVG Rheinland Pfalz Urt v. 19.7.1955 (ZRR 1955, 351)

OVG Rheinland Pfalz Urt v. 19.7.1955 AS RhPf 4, 205 (208)

WürttBad VGH 29.11.1955 VRspr 8, 738

OVG Hamburg 26.4.1963 DVBl 1963, 931

47) BSozG Urt v. 23.8.1956 BSozGE 3, 209 (216)

" " " 12.2.1958 " 7, 8 (12, 13)

" " " 26.6.1958 " 7, 257 (262)

" " " 20.3.1959 " 9, 232 (235)

" " " 28.7.1959 " 10, 209 (211)

" " " 21.1.1960 " 11, 236 (239)

" " " 15.12.1960 " 13, 232 (237)

" " " 22.2.1961 " 14, 44 (47)

" " " 16.8.1961 " 15, 17 (21)

" " " 16.3.1962 " 16, 253 (255)

" " " 29.5.1962 " 17, 79 (83/84)

" " " 11.12.1964 NJW 1965, 1102

" " " 27.6.1967 BSozGE 27, 38

" " " 31.1.1969 MDR 1969, 700

Wieweit das Verwaltungsgericht v o n s i c h a u s berechtigt oder sogar verpflichtet ist, einen Verwaltungsakt mit anderer rechtlicher oder tatsächlicher Grundlage aufrecht zu erhalten - was von dem oben erwähnten Grundsatz streng zu trennen ist - steht nicht mit gleicher Sicherheit fest⁴⁸⁾.

Davon, daß das Gericht berechtigt ist, den Verwaltungsakt jedenfalls auf eine andere R e c h t s g r u n d l a g e zu stützen, geht das BVerwG in seinen Urteilen vom 8.5.1958⁴⁹⁾ und 15.5.1957⁵⁰⁾ aus. Im Urteil vom 6.3.1959⁵¹⁾ führt es aus, die Aufrechterhaltung des Verwaltungsaktes durch das Gericht sei zulässig, "wenn durch die sich dem Gericht darbietenden Gründe weder der Verwaltungsakt in seinem Wesen geändert noch in das Ermessen der Behörde eingegriffen würde".

48) Daß gerichtliche Entscheidungen hierzu selten sind, ist natürlich. Der Richter muß die Parteien ohnehin auf den veränderten rechtlichen Gesichtspunkt hinweisen (vgl. BVerwGE 11, 171, ferner Bachof JZ 1962, 667); in der Regel wird die Behörde dann den Verwaltungsakt wenigstens hilfsweise auf die vom Gericht erörterte Rechtsnorm stützen oder ausdrücklich erklären, daß sie diese Vorschrift nicht zur Grundlage des VA machen wolle.

49) DVBl 1957, 731

50) DVBl 1959, 757:
"Findet ein Gericht anstatt der im VA angegebenen Rechtsgrundlage eine andere, so ist es nicht gehindert, den VA hieran zu messen; dabei kann es, wenn es die von ihm gefundene Vorschrift als tragfähige Rechtsgrundlage ansieht, dahingestellt sein lassen, ob die in dem VA angegebene Vorschrift diesen ebenfalls trägt. Dies gilt auch dann, wenn letztere landesrechtlich, die vom Gericht gefundene aber bundesrechtlich ist".
Ebenso BSozGE 15, 21; 16, 253 OVG Münster 17.6.1952 OVG E 6, 11.

51) DVBl 1959. 438

Ein "Auswechseln des Tatbestandes, d.h. des S a c h -
v e r h a l t e s " hingegen setzt voraus, daß die Behörde,
von deren EntschlieÙung es abhängt, ob sie die Ausschlies-
sung auf den anderen Sachverhalt gründen will, dies "nach-
schiebt", d.h. im Gerichtsverfahren erklärt, sie wolle jetzt
- zumindest hilfsweise - auch diesen anderen Sachverhalt zur
Grundlage des Verwaltungsaktes machen⁵²⁾. Könnte das Ver-
waltungsgericht von sich aus den zugrunde gelegten Sachver-
halt auswechseln, "so hieÙe das, seine EntschlieÙung an die
Stelle der nach dem Gesetz im geordneten Verfahren herbeizu-
führenden EntschlieÙung der Verwaltungsbehörde zu setzen".

B. Grenzen der allgemeinen Zulässigkeit des

Nachschiebens von Gründen

Wenn man es als einen in der Rechtsprechung anerkannten Grundsatz bezeichnen muß, daß Gründe nachgeschoben werden können, - was Jellinek bereits im Jahre 1913 "nicht unbedenklich⁵³⁾" nannte - so erfordern die heutigen rechtsstaatlichen Vorstellungen dennoch Beschränkungen.

I. Versuch einer engen Auslegung des Begriffes des Nachschiebens

Aus verständlichem Unbehagen heraus haben daher Rechtsprechung und Schrifttum versucht, feste Grenzen zu ziehen und unbillige Ergebnisse zu vermeiden.

52) BVerwG Urt v. 21.10.1960 BVerwGE 11, 170 (171)

53) vgl. Jellinek Gesetz S. 213:
Die Möglichkeit einer nachträglichen Begründung
hat aber ihre Grenzen. Schon an sich ist sie
nicht unbedenklich.

1. Änderung des Wesensgehaltes des Verwaltungsaktes

a) Fehlen einer klaren Vorstellung vom Wesen des VA in der Rechtsprechung des BVerwG

Der Vorbehalt, daß das Wesen des angefochtenen Verwaltungsaktes nicht verändert und die Rechtsverteidigung des Staatsbürgers nicht unzumutbar erschwert werden dürfe, erwies sich in der älteren Rechtsprechung als brauchbares Regulativ. Die Prüfung, ob der Verwaltungsakt nach Inhalt, Wirkung und rechtlicher Begründung⁵⁴⁾ wesensmäßig verändert wurde, stellte ein wirksames Gegengewicht gegen ein zu weitgehendes Ausweichen der Behörde auf bisher nicht vorgebrachte Gründe dar.

In der Rechtsprechung des BVerwG erfüllt der Vorbehalt, daß das Wesen des Verwaltungsaktes nicht verändert werden dürfe, diese Aufgabe nicht in gleichem Maße, denn das BVerwG löst den Verwaltungsakt aus seiner Beziehung zur rechtlichen und tatsächlichen Begründung⁵⁵⁾ und identifiziert ihn sehr einseitig mit seinem Ausspruch. Es hat sich bisher auch nicht der Mühe unterzogen, den Wesensgehalt des Verwaltungsaktes

54) Württ.Bad VGH Urt v. 15.10.1948 DÖV 1949, 177

BayerVGH Urt v. 30.7.1951 DÖV 1952, 316:

"Wenn die andere Rechtsgrundlage ihrem sachlichen Inhalt nach die gleiche ist, auf die der Verwaltungsakt ursprünglich gestützt war, so daß der Betroffene seine Einwendungen auf die gleichen Gründe stützen kann, wie gegen den ursprünglich rechtlich anders begründeten Verwaltungsakt"

OVG Münster Urt v. 3.4.1952 DÖV 1952, 763

Hess VGH Urt v. 7.11.1952 ESVGh 3, 21:

"Von einer Beeinträchtigung der Rechtsverteidigung kann dann nicht gesprochen werden, wenn die neuen Tatsachen alsbald nach Erhebung der Klage vorgetragen werden und in derselben Richtung liegen wie die bisher angeführten Tatsachen, insbesondere, wenn die neuen Tatsachen nach denselben rechtlichen Gesichtspunkten zu würdigen sind wie die bisher vorgetragenen."

55) BVerwGE 1, 13; 1, 313

von diesem Standpunkt aus näher zu umreißen⁵⁶⁾. An Gelegenheiten dazu hätte es nicht gefehlt. Im Urteil vom 6.3.1959⁵⁷⁾ lehnte das Gericht die Zulässigkeit des Nachschiebens von Gründen ab, wenn eine gebundene Entscheidung als Ermessensentscheidung aufrecht erhalten bleiben soll. Dies wurde aber nicht schon damit begründet, daß - wie das OVG Münster zutreffend feststellt⁵⁸⁾ das Wesen des Verwaltungsaktes geändert, sondern daß in die Ermessensfreiheit der Behörde eingegriffen würde. Ebenso verliert das Bundesverwaltungsgericht im Urteil vom 21.10.1960⁵⁹⁾ kein Wort darüber, ob das Auswechseln des Sachverhaltes den Wesensgehalt des Verwaltungsaktes verändern und daher auch für die Behörde (nicht nur für das Gericht) unzulässig sein könnte⁶⁰⁾.

Lediglich im Urteil vom 17.9.1964⁶¹⁾ erläutert das Gericht näher, der Verwaltungsakt werde noch nicht allein dadurch wesentlich verändert, daß der Kläger sich in seiner Rechtsverteidigung gegen eine erweiterte Begründung zur Wehr setzen müsse.

56) Wie sehr das BVerwG dieser Aufgabe aus dem Wege geht, zeigt besonders deutlich das Urteil vom 28.11.1958 (BVerwGE 8, 54): Die Behörde "hat später jedoch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren diesen Grund nachgeschoben. Das war zulässig, da Rechtsgründe zur Rechtfertigung eines Verwaltungsaktes während eines Verwaltungsprozesses jedenfalls dann nachgeschoben werden dürfen, wenn hierfür der Verwaltungsakt der Kündigungszustimmung in seinem Wesensgehalt und in seinem Ausspruch nicht geändert wird und die Rechtsverteidigung des Klägers nicht beeinträchtigt wird. Das war hier auch nicht geschehen, da der Kläger während des Verfahrens Gelegenheit hatte dazu Stellung zu nehmen." Das Gericht geht, ohne bei dem Gedanken der Wesensänderung länger zu verharren, sofort auf die sekundäre Frage der Rechtsverteidigung ein.

57) DVBl 1959, 438

58) Urt v. 17.2.1966 OVG 22, 112

59) BVerwGE 11, 171 (Bachof JZ 1962, 667) vgl. dazu oben S.27

60) VGH Bremen Urt v. 23.4.1952 DVBl 1953, 176

61) BVerwGE 19, 252 (257): Der Lehrerbezirkspersonalrat hatte es zunächst wegen des Entzugs der missio canonica abgelehnt, der Ernennung des Klägers zum Rektor einer Schule zuzustimmen. Im Verwaltungsverfahren, jedenfalls aber im gerichtlichen Verfahren berief er sich dann aber auf das "gesamte Verhältnis des Klägers zu seiner Konfession".

In einem einzigen Fall lehnte das Bundesverwaltungsgericht bisher das Nachschieben von Gründen allein mit Rücksicht auf den Wesensgehalt des Verwaltungsaktes ab. Hat die Behörde ihre Anordnung bewußt nur auf einen bestimmten Grund gestützt, so berührt ein Wechsel der rechtlichen Begründung die Identität des Verwaltungsaktes⁶²⁾. In Fällen dieser Art hatte die Rechtsprechung schon bis dahin das Nachschieben von Gründen abgelehnt⁶³⁾. Da das BVerwG die Ansicht vertritt,

- 62) BVerwGUrt v. 4.6.1958 DÖV 1959, 185: "Dieser Grundsatz (daß die rechtliche Begründung nachgeschoben werden könne) kann jedoch im vorliegenden Falle keine Anwendung finden. Das Amt für Ordnungsdienst hat in dem angefochtenen Verwaltungsakt die automatenrechtliche Bestimmung nicht zufällig unerwähnt gelassen. Es hat vielmehr bewußt die Polizeiverfügung (Verbot des Feilhaltens nicht branntweinhaltiger alkoholischer Getränke durch Automaten) materiellrechtlich nur auf das JSchG gestützt, wie aus der von dem Amt zuvor in seinem Bericht an den Beklagten geäußerten Rechtsauffassung folgt. Bei dieser Sachlage verändert die nachgeschobene automatenrechtliche Begründung den angefochtenen Verwaltungsakt in seinem Wesensgehalt und kann deshalb bei der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung nicht berücksichtigt werden".
- 63) ProVG PrVerwBl 24, 632; WürttBad VGH AöR 1948, 374: "Es (das Gericht) kann zumal dann nicht "nachschieben", wenn die Verwaltungsbehörde die Anwendung der in Betracht kommenden Rechtsquelle selbst mit aller Deutlichkeit ablehnt". VGH Bremen Urt v. 23.4.1952 DVBl 1953, 176: "Das Gericht darf deshalb keine andere Rechtsnorm heranziehen, wenn die Verwaltungsbehörde in dem angefochtenen VA oder der Einspruchs- oder Beschwerdeentscheidung ausdrücklich oder stillschweigend zu erkennen gegeben hat, daß sie den VA nur auf eine ganz bestimmte und nicht auf eine andere Rechtsnorm zu stützen wünsche. Dann darf das Gericht seine Rechtmäßigkeit nur im Hinblick auf eine bestimmte Rechtsnorm prüfen. Das gleiche muß gelten, wenn die Heranziehung einer anderen Norm dem VA in irgendeiner Beziehung einen anderen Inhalt geben würde als von der Verwaltungsbehörde beabsichtigt worden ist". Ebenso VGH Bremen Urt v. 13.1.1953 ZMR 1953, 93 und OVG Rheinland Pfalz Urt v. 22.4.1952 DVBl 1953, 80 = NJW 1953, 318: "denn die Auswahl, worauf die Behörde ihre Verfügung stützen will, ist eine Ermessensentscheidung". Kaum einfügen läßt sich in diesem Zusammenhang die Entscheidung des BVerwG vom 15.5.1957 DVBl 1957, 731, wonach das Verwaltungsgericht die Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes auch mit Gesichtspunkten begründen könne, die die Einspruchs- oder Beschwerdebehörde abgelehnt hat (vgl. dazu auch Menger VerwArch 49, 181. BSozG Urt v. 23.8.1956 BSozGE 3, 209 (214))

ein Verwaltungsakt könne - soweit nicht gesetzlich etwas anderes bestimmt sei - ohne jegliche Begründung erlassen werden, erscheint dieses Kriterium wenig geeignet, das Nachschieben von Gründen wirksam zu begrenzen. Es ist schwer vorstellbar, daß die auf der einen Seite völlig unerhebliche Begründung auf der anderen Seite das Wesen des Verwaltungsaktes dann bestimmen sollte, wenn die Behörde sie zufällig angibt oder durchblicken läßt.

Ungenügend ist dieses Argument auch dann, wenn die Behörde - nach Ansicht des BVerwG in zulässiger - und von ihrem Standpunkt dann vernünftiger - Weise auf die Angabe von Gründen gänzlich verzichtet⁶⁴⁾; die Überlegung, daß dann das Verwaltungsgericht die passende Rechtsgrundlage sollte wählen können, ist mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung nicht vereinbar.

64) BVerwGE 1, 13 einschränkend VGH WürttBad Urt v. 4.1.1952
DVBl 1952, 223:

Hat die Behörde davon abgesehen, von mehreren ihr etwa zur Verfügung stehenden Möglichkeiten die ihr am meisten zusagende auszuwählen, so muß sie es sich gefallen lassen, daß im Streitfall das VG darüber befindet, welches Gesetz als Rechtsgrundlage zu gelten hat. Dabei sind für das VG nach der ganzen Struktur des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens die Anträge des Betroffenen von Bedeutung ~~ist~~ insofern als es jedenfalls zu prüfen hat, ob der im Einzelfall gegebene Sachverhalt die Anwendung desjenigen Gesetzes rechtfertigt, auf das der Betroffene sich zur Begründung seiner Ansprüche beruft. Man könnte fast den Grundsatz aufstellen, daß das der Behörde bei Erlassung eines VA zustehende Recht, von mehreren in Betracht kommenden Gesetzen ein bestimmtes auszuwählen, auf den Betroffenen übergeht, wenn die Behörde von der ihr gegebenen Wahlmöglichkeit keinen Gebrauch gemacht hat.

Ebenso Schütz MDR 1954, 459:

"Ist keine Rechtsnorm angegeben, so ist die übliche heranzuziehen und die Behörde muß sie gegen sich gelten lassen".

b) Die Rechtsprechung des BSozG zum Wesen des VA

Das Bundessozialgericht trennt den Ausspruch des Verwaltungsaktes nicht in gleichem Maße vom Sachverhalt wie das Bundesverwaltungsgericht⁶⁵⁾. Es gelangt damit auch unter dem Gesichtspunkt der Wesensänderung des Verwaltungsaktes, den es an Hand der Verhältnisse des Einzelfalles jeweils sehr sorgfältig zu prüfen pflegt⁶⁶⁾, zu einer sinnvollen

65) BSG Urt v. 11.12.1964 NJW 1965, 1102:

Ebenso wie bei Urteilen muß auch bei Verwaltungsakten ein Sachverhalt festgelegt sein, von dem aus die Rechtsfolgen beurteilt sind. Der zugrunde gelegte Sachverhalt gibt dem Ausspruch der Rechtsfolge erst die Grundlage, er macht ihr Wesen aus und nach ihm kann überhaupt nur beurteilt werden, ob die ausgesprochene Rechtsfolge richtig oder falsch ist.

66) BSozG Urt v. 26.6.1958 BSozGE 7, 257 (262): Erst im Verfahren vor dem OVA hat die Beklagte sodann ihren Bescheid auf neue Ablehnungsgründe gestützt, die sich im Gegensatz zur vorher geltend gemachten ermessensmäßigen Versagung des Schadensersatzes, auf die Ablehnung des Anspruchs dem Grunde nach bezogen.

BSozG Urt v. 21.1.1960 BSozGE 11, 239:

Diese nachträgliche Änderung der Rechtsgrundlage ~~g~~ begegnet jedoch im vorliegenden Fall keinen Bedenken, da der angefochtene Bescheid hierdurch in seinem Wesen, insbesondere in seinem Ausspruch, nicht geändert worden ist. Bei beiden Vorschriften handelt es sich um die rechtliche Grundlage einer Neufeststellung mit Wirkung nur für die Zukunft, d.h. der gleichen Maßnahme.

BSozG Urt v. 22.2.1961 BSozGE 14, 44 (47): Ein Beitragsbescheid ist seinem Wesen ^{nach} und nach seinen Voraussetzungen etwas anderes als ein Ausgleichsbeitragsbescheid und zwar schon deshalb, weil die Beklagte die Beiträge und die Ausgleichsbeiträge nach verschiedenen Gesichtspunkten berechnet.

Ähnlich BSozG Urt v. 16.3.1962 BSozGE 16, 253 (255)

BSozG Urt v. 24.10.1962 Breithaupt 63, 339

Begrenzung des Nachschiebens von Gründen⁶⁷⁾.

2. Beeinträchtigung der Rechtsverteidigung durch das
Nachschieben von Gründen

Noch weniger als durch den Gesichtspunkt der Wesensänderung des Verwaltungsaktes wird das Nachschieben von Gründen durch den Vorbehalt begrenzt, die Rechtsverteidigung des Staatsbürgers dürfe nicht unzumutbar erschwert werden. Zwar ist dem Rechtsschutzgedanken nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes⁶⁸⁾ nicht nur beim Nachschieben tatsächlicher Gründe Rechnung zu tragen, wieder HessVGH anzunehmen scheint;⁶⁹⁾ das Gericht läßt es genügen, wenn der Betroffene jedenfalls in der letzten gerichtlichen Tatsacheninstanz noch Gelegenheit zur Einlassung auf die veränderten Gesichtspunkte erhält⁷⁰⁾ und - falls er nach Kenntnis und in Würdigung der neuen Gründe die Hauptsache für erledigt

67) BSozG Urt v. 11.12.1964 NJW 1965, 1102:
"Das Wesen eines Bescheides ist aber grundlegend geändert, wenn ein dem Bescheid unterstellter Sachverhalt durch einen anderen widersprechenden und überhaupt erst später geltend gemachten Sachverhalt ersetzt wird".
Ebenso BSozG Urt v. 31.1.1969 MDR 1969, 700: Der Träger der Unfallversicherung kann keine Gründe nachschieben, die den Bestand eines Rechtsanspruches schlechthin verneinen, wenn der angefochtene Bescheid davon ausging, daß der Rechtsanspruch an sich bestehe, jedoch teilweise verjährt sei.

68) BVerwGE 1, 14

69) ESVGH 4, 18:
Der dem Staatsbürger durch die Anfechtungsklage gegebene Rechtsschutz kann also durch die Geltendmachung neuer Rechtsgründe nicht geschmälert werden. Dagegen kann der Rechtsschutzgedanke dadurch beeinträchtigt werden, daß die Behörde dem VA eine neue tatsächliche Begründung gibt.

70) BVerwG Urt v. 15.5.1957 DV 1957, 731
BVerwG Urt v. 28.11.1958 BVerwGE 8, 46 (54)
BVerwG Urt v. 6.3.1959 DVBl 1959, 438
BVerwG Urt v. 17.9.1964 ZBR 65, 48=BVerwGE 19, 252

erklärt - von den Kosten frei wird⁷¹⁾.

II. Beschränkungen des Nachschiebens im jeweiligen Einzelfall

Läßt sich eine klare Grenze danach nicht erkennen, so kann es nicht verwundern, daß auch im übrigen die Versuche, das Nachschieben von Gründen auf ein - unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten - tragbares Maß zu beschränken, nur zu einer Vielzahl von Ausnahmen und Rückausnahmen führen, die - weil zumeist vom Ergebnis her bestimmt - eine Grundidee vermissen lassen.

1) Nachschieben von Gründen bei Ermessensentscheidungen

Vor allem gilt dies für das Nachschieben von Gründen bei Ermessensentscheidungen. Nach verbreiteter Ansicht⁷²⁾ soll hier das Nachschieben grundsätzlich ausgeschlossen sein. Tatsächlich aber wird hier nur schärfer unterschieden, ob die

71) BSozG Urt v. 29.5.1962 BSozGE 17, 74 (83/84)

"Die letztgenannte Voraussetzung darf dabei nicht so aufgefaßt werden, daß schon der Umstand, daß die nachgeschobenen Gründe erst im gerichtlichen Verfahren geltend gemacht werden, eine Beeinträchtigung der Rechtsverteidigung bedeutet, denn damit wäre ein Nachschieben von Gründen im Prozeß in aller Regel überhaupt ausgeschlossen, weil die Geltendmachung bisher nicht herangezogener Tatsachen und Gesichtspunkte zur Rechtfertigung des durch Klage angegriffenen VA die Prozeßsituation des Klägers, der sich auf die Bekämpfung der in der Begründung des angefochtenen VA angeführten Gründe eingestellt hat, regelmäßig erschweren wird. Insoferne genügt es, daß der Kläger rechtliches Gehör zur Einlassung auf die veränderten Gesichtspunkte erhält und, falls er nach Kenntnis und Würdigung der neuen Gründe die Hauptsache für erledigt erklärt oder die Klage zurücknimmt, nach § 102 S 3 SGG von der Kostenlast freigestellt wird".

72) vgl. z. B. Eyermann Fröhler § 114 Rdn 6 oder den sehr irreführenden Hinweis in BSozG Urt v. 21.1.1960 BSozGE 11, 239:
"Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn eine Ermessensentscheidung zu treffen wäre (BSozGE 3, 209)".

Behörde die Gründe nachschiebt⁷³⁾ oder ob das Gericht sie von Amts wegen ermittelt.

a) Nachschieben von Ermessensgründen durch die Behörde

Das Nachschieben von Ermessensgründen durch die Behörde wird nur in der Literatur eindeutig abgelehnt, weil die sachwidrig oder überhaupt nicht begründete Ermessensentscheidung fehlerhaft sei und nicht nachträglich geheilt werden könne⁷⁴⁾.

In der Rechtsprechung wird diese Folgerung auch von jenen Gerichten nicht gezogen, die wie der WürttBadVGH⁷⁵⁾ in der Angabe der Ermessensgründe eine Wirksamkeitsvoraussetzung des Verwaltungsaktes erkennen.

73) HessVGH ESVGH 3, 21 und 4, 13

74) Zschacke NJW 1954, 413; Stern Bay VBl 1964, 383
Eyermann-Fröhler § 114 Rdn 6 sowie § 113 Rdn 29;
Hübschmann-Hepp-Spitaler § 100 FGO Rdn 17, 18

75) WürttBad VGH Urt v. 26.9.1952 VRspr 5, 575
Urt v. 8.9.1958 VRspr 11, 548 (550):
"Damit ist freilich noch nicht gesagt, daß der VA schon bei seinem Ergehen begründet werden muß. Es reicht völlig aus, wenn die Begründung in der Einspruchs- oder Beschwerdeentscheidung, die ohnehin einer Begründung bedarf, gegeben wird. Kann dagegen der Er messensakt sofort beim Verwaltungsgericht angefochten werden, dann ist allerdings zweifelhaft, ob die Behörde die unterlassene Begründung noch im Verwaltungsprozeß nachholen kann. Rechtliche Gründe sprechen dagegen, prozeß- und verwaltungsökonomische mögen dafür sprechen. Diese Frage kann hier jedoch dahingestellt bleiben".

aa) Das Bundesverwaltungsgericht deutet zwar im Urteil vom 7.11.1958⁷⁶⁾ an, daß es ein Nachschieben von Ermessensgründen ablehnt, geht jedoch in der Folgezeit⁷⁷⁾ ohne weiteres von der Zulässigkeit eines derartigen Nachbringens aus. Es fordert nicht einmal, daß die nachgeschobenen Gründe bereits für das Zustandekommen der Entscheidung maßgeblich gewesen sein müssen, sondern läßt es genügen, wenn sie lediglich objektiv beim Erlaß des Verwaltungsaktes vorlagen⁷⁸⁾. Im Urteil vom 15.4.1959⁷⁹⁾ unterscheidet es klar zwischen der Frage, " ob die für das Zustandekommen einer Entscheidung maßgeblich gewesen Gründe noch in anderer Weise als durch die schriftlichen Entscheidungsgründe selbst nachträglich bewiesen werden können⁸⁰⁾ und der weiteren Frage der Zulässigkeit des Nachschiebens von Gründen; beide Fragen bejaht es.

76) VRspr 11, 879: "Sie (die Ausübung des Ermessens) bedeutet ein Abwägen des Für und Wider der sich gegenüberstehenden Belange ..."

"Die angestellten Erwägungen müssen aus der Entscheidung erkennbar sein. Nur dann ist eine verwaltungsgerichtliche Nachprüfung, ob von dem Ermessen im Sinne des Gesetzes Gebrauch gemacht worden ist, insbesondere, ob Ermessensmißbrauch vorliegt, möglich. Auch der Betroffene wird sein Verhalten gegenüber der Behörde entsprechend einrichten, je nachdem es sich um eine Ermessensentscheidung handelt oder nicht .."

77) Urt v. 28.11.1958 BVerwGE 8, 46 (54);
Urt v. 15.1.1959 BVerwGE 8, 234 (238)
Urt v. 22.1.1962 GewArch 1962, 87;
Urt v. 24.2.1960 BVerwGE 10, 173 (176)
Urt v. 23.1.1961 BVerwGE 12, 20
Urt v. 4.12.1959 BVerwGE 10, 37 (44);
Urt v. 14.10. 1965 BVerwGE 22, 215 (218);
Urt v. 28.4.1966 DÖV 1967, 63 = VRspr 18, 306
Urt v. 2.4.1968 DVBl 1968, 429

78) BVerwG Urt v. 28.4.1966: Rechtsirrig ist weiter die Auffassung des BerGer., eine " in ihren Motiven fehlerhafte Versetzungsverfügung könne durch Nachschieben von anderen Gründen im gerichtlichen Verfahren nicht fehlerfrei werden". Auch im vorl. Fall gelten ohne Einschränkung die allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätze, die das BVerwG zur Frage des Nachschiebens von Gründen im Verwaltungsstreitverfahren entwickelt hat.

79) BVerwGE 81 238 vgl. dazu Bachof JZ 1962, 667

80) Ähnlich scheint das BVerwG Urt v. 17.9.64 BVerwGE 19, 252 davon auszugehen, daß die Behörde sich von den nachgeschobenen Gründen bereits bei Erlaß des Verwaltungsaktes habe leiten lassen und es lediglich versäumt habe, diese Erwägungen hinreichend deutlich zum Ausdruck zu bringen; vgl. dazu Bachof JZ 1966, 401.

Das Bundesverwaltungsgericht weist im Urteil vom 12.1.1962⁸¹⁾ allerdings darauf hin, daß das Nachschieben von Ermessensgründen im Einzelfall ermessensfehlerhaft sein kann, "wenn die Behörde diesen Grund, dessentwegen sie im Rahmen ihres Ermessens sonst nicht vorgegangen sein würde, lediglich zur Stützung einer möglicherweise nicht haltbaren Maßnahme im Rechtsstreit nachträglich geltend macht".

Der Hessische Verwaltungsgerichtshof⁸²⁾ hielt sich demgegenüber lediglich für berechtigt (und verpflichtet) zu erforschen, von welchen Erwägungen die Behörde sich bei der Entscheidung hatte leiten lassen und darüber gegebenenfalls Beweis zu erheben.

Auch das Bundessozialgericht hält ein Nachschieben von Ermessensgründen nicht für schlechthin unzulässig, wie der gelegentlich vorkommende Hinweis auf die Entscheidung BSozG 3, 214 vermuten ließe. Zwar stehen dem **Nachschieben von Ermessensgründen** durch das Gericht die Prinzipien der Gewaltenteilung entgegen⁸³⁾, doch hindert ansonsten die Tatsache, daß es sich um eine Ermessensentscheidung handelt, auch in der Praxis des Bundessozialgerichts nicht die Berücksichtigung der von der Behörde nachgeschobenen Gründe⁸⁴⁾.

81) GewArch 1962, 88; in dem Urteil kommt das vom BVerwG bereits mehrfach geäußerte Bedenken (vgl. BVerwGE 11, 205) zum Ausdruck, daß die Behörde im gerichtlichen Verfahren nicht mehr gleichermaßen unbefangenen argumentieren könnte wie vor Erlass des Verwaltungsaktes.

82) Urt v. 10.11.1950 DÖV 1951, 82 (mit abl.Anm.von Hufnagl DÖV 1951, 221); ebenso Eyermann-Fröhler § 113 Rdn 28, die aber strenge Anforderungen an die Beweislast stellen wollen.

83) Urt v. 23.8.1956 BSozGE 3, 214;
Urt v. 20.3.1959 BSozGE 9, 235

84) BSozG 9, 235

bb) Ausgeschlossen ist das Nachschieben von Ermessens-
erwägungen jedenfalls dann, wenn der Verwaltungsakt von einem
Ausschuß erlassen ist, der nicht nur aus Bediensteten der
betreffenden Behörde besteht⁸⁵⁾. Das Hamburger Oberver-
waltungsgericht, auf dessen Urteil vom 1.10.1956⁸⁶⁾ sich
das Bundesverwaltungsgericht bezieht, hatte ausgeführt, der
Gesetzgeber habe mit der Einschaltung des Ausschusses zum
Ausdruck gebracht, daß derartige Entscheidungen nicht allein
von den Behördenbediensteten getroffen werden sollen. Würde
man hier ein Nachschieben von Gründen im Prozeß zulassen,
so könnten die Entscheidungen des gesetzlich vorgesehenen
Ausschusses durch spätere Maßnahmen der Behördenvertreter
einen anderen Inhalt gewinnen und der Ausschuß dadurch seine
vom Gesetzgeber gewollte Bedeutung verlieren⁸⁷⁾.

Ob die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes und des
Hamburger OVG auf Ermessensentscheidungen beschränkt bleibt,
oder allgemein Gültigkeit beansprucht, ist trotz des sehr weit
gefaßten Leitsatzes des Urteils vom 15.4.1959 noch ungeklärt.
Einschlägige Urteile anderer Gerichte zu diesem Problem
liegen nicht vor⁸⁸⁾.

85) BVerwGE Urt v. 15.4.1959 (BVerwGE 8, 234)

86) MDR 1957, 252

87) Dagegen insbes. Schulz Schaeffer MDR 1958, 299;
zustimmend Ule § 108 Anm IV 1. Der u.a. erhobene Einwand,
die Einschaltung eines Ausschusses im Widerspruchs- bzw. Ein-
spruchsverfahren sei in diesem Zusammenhange unerheblich, weil
das Vorverfahren in erster Linie der Selbstkontrolle der Ver-
waltung und nicht dem Rechtsschutz des Staatsbürgers diene, kann
nicht überzeugen. Das Vorverfahren dient zwar auch der Selbst-
kontrolle der Verwaltung, es dient ihr aber nicht ausschließlich
(vgl. zur Rechtsschutzfunktion des Widerspruchsverfahrens insbes.
Mutius S. 122 f (insbes. Fußnote 61))

88) Das Urteil des OVG Rheinland Pfalz vom 14.7.1953 (AS RhPf 2,
202 218) behandelt zwar die gebundene Entscheidung des Wahl-
prüfungsausschusses, lehnt aber das Nachschieben neuer Tat-
sachen im Ergebnis wegen der Sonderstellung des Wahlanfechtungs-
verfahrens mit seinen zahlreichen anderen Kontrollmöglichkeiten
ab. Es sei besonders zu berücksichtigen, daß die Wahl kein
Verwaltungsakt und daß die Anfechtung des Wahlergebnisses ledig-
lich durch Sondervorschrift ermöglicht worden sei.
Das Urteil des OVG Münster vom 22.9.1954 OVG 9, 111 (121),
das den Verwaltungsakt eines Umlegungsausschusses zum Gegen-
stand hatte, konnte die Frage des Nachschiebens von Gründen
ebenfalls dahingestellt lassen, weil der Ausschuß seine Ent-
scheidung ausdrücklich auf eine bestimmte Vorschrift beschränkt
hatte.

cc) Als bedenkliche Rückausnahme deutet das Bundesverwaltungsgericht in der eben erwähnten Entscheidung die Möglichkeit des Nachschiebens an, wenn die Begründung des Verwaltungsaktes den sicheren Schluß zulasse, daß sich der Ausschuß die nachgeschobenen Gründe zu eigen gemacht hätte, sofern er rechtzeitig darauf hingewiesen worden wäre. Unabhängig davon, wie weit man die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes von der Angabe der Ermessensgründe abhängig macht, ist in diesem Falle die ursprüngliche Ermessensbetätigung schon deshalb fehlerhaft, weil der Ausschuß die sachgerechten Gründe nicht in Rechnung gezogen und daher das Für und Wider⁸⁹⁾ der sich gegenüberstehenden Belange nicht erwogen hat. Der Gedankengang des Bundesverwaltungsgerichtes, bei dem ein tatsächlich nicht vorhanden gewesener Wille fingiert wird, ist typisch der einer Konversion⁹⁰⁾, nicht des Nachschiebens von Gründen.

b. Nachschieben von Ermessensgründen durch das Gericht

Während das nachträgliche Vorbringen von Ermessensgründen durch die Behörde weitgehend hingenommen wird, ist es dem Gericht nach der Rechtsprechung grundsätzlich untersagt⁹¹⁾, solche Gründe von Amts wegen zu erforschen. Das Gericht darf nicht von sich aus Tatsachen ermitteln und Überlegungen anstellen, die die Entscheidung der Verwaltungsbehörde rechtfertigen könnten, denn es würde damit in das Ermessen der Behörde eingreifen⁹²⁾.

89) BVerwG Urt v. 7.11.1958 VRspr 11, 879,
Urt v. 8.12.1961 DVBl 1962, 562

90) ähnlich auch HessVGH ESVG 3, 21
vgl. insbes. Pappenheim S. 29

91) BSozGE 9, 232 (235)
BVerwG 10, 205; BVerwG DVBl 1960, 438;
Eyermann Fröhler § 114 Rdn 6
Hübschmann-Hepp-Spitaler § 100 FGO Rdn 18

92) VGH Freiburg Urt v. 8.9.1958 VRspr 11, 550
OVG Koblenz Urt v. 29.3.1958 DVBl 1958, 835
OVG Münster 20.4.1960 DVBl 1960, 942 und
17.2.1966 OVGE 22, 112
BSozGE 2, 149 3, 214
BVerwGE 10, 202; 11, 99; 11, 171
Schunck De Clerk S. 485

aa) Der Grundsatz der Gewaltenteilung verbietet es nach der Rechtsprechung auch, wie bereits erwähnt, daß das Gericht eine Entscheidung, bei der sich die Behörde als gebunden wänthe, als Ermessensentscheidung aufrecht erhält⁹³⁾. Der Verwaltungsakt ist in diesem Falle fehlerhaft⁹⁴⁾, gleichgültig ob die Behörde die an sich zutreffende Rechtsgrundlage fälschlicherweise nicht als Ermessenstatbestand erkannte oder ob sie eine nicht einschlägige zwingende Vorschrift an Stelle der richtigen Ermessensvorschrift⁹⁵⁾ anwandte. In beiden Fällen kann das Gericht nicht in die noch ausstehende Ermessensbetätigung der Behörde eingreifen.

Unabhängig davon wird die Unzulässigkeit des Nachschiebens von Gründen von den zitierten Gerichten (meist allerdings nur in einem Nebensatz) damit begründet, daß die Ermessensentscheidung wesensmäßig etwas anderes darstelle als die Rechtsentscheidung. Während die Behörde in dem einen Fall nur eine kognitive Entscheidung treffe, habe sie in dem anderen auch eine voluntative Entscheidung zu finden⁹⁶⁾. Nach überwiegender Meinung⁹⁷⁾ soll das gleiche in dem umgekehrten Falle gelten, wenn die Behörde ihr Ermessen walten läßt, obwohl eine Rechtsentscheidung zu treffen wäre⁹⁸⁾. Das Argument, das Gericht dürfe nicht an Stelle der Behörde Ermessensentscheidungen treffen,

93) VGH WürttBad 17.7.1963 ESVGH 13, 185;

Eyermann-Fröhler § 113 Rdn 26, 27

Hübsch-Hepp-Spitaler § 100 FGO Rdn 17

BFH Urt 1.12.1966 BB 1967, 1028

94) Eyermann Fröhler § 113 Rdn 27 BVerwG Urt vJ31262BVerwGE 15,196

95) BVerwG Urt v. 6.3.1959 DVBl 1959, 439 -VRspr. 12, 249

OVG Münster Urt v. 17.2.1966 OVG 22, 112

Koehler § 113 BIX 2 c

96) Eyermann Fröhler § 143 Rdn 26

98) Stern BayVBl 1964, 382 FuBn 12

weist in diesem Zusammenhang darauf hin, daß der Fall, in dem die Behörde Ermessen walten läßt, wo zwingende Rechtssätze bestehen, nicht zur Problematik der Ermessensfehler gehöre; ebenso Bachof SJZ 1948, 746 Anm. 23.

97) Redeker von Oertzen § 108 Rdn 17

Hübsch-Hepp-Spitaler § 100 Rdn 17

verfängt hier (jedenfalls so wie es die Rechtsprechung praktiziert) nicht. Es trifft in diesem Falle ferner nicht zu, daß durch das Nachschieben von Gründen ein wesensmäßig anderer Verwaltungsakt geschaffen würde. Trifft die Behörde sowohl die kognitive als auch die voluntative Entscheidung und ergibt sich in nachhinein, daß sie nicht berechtigt war, die voluntative zu treffen, dann läßt dies die richtige kognitive Entscheidung unberührt. Die Rechtsentscheidung ist als das "Weniger" in der Ermessensentscheidung enthalten⁹⁹⁾.

2) Nachschieben von Gründen bei ges. Begründungszwang

Ausgeschlossen ist ein Nachschieben von Gründen nach einhelliger Meinung in Schrifttum¹⁰⁰⁾ und Rechtsprechung¹⁰¹⁾ wenn die Angabe von Gründen für den Verwaltungsakt zwingend vorgeschrieben ist¹⁰²⁾.

-
- 99) so im Ergebnis BSozGE 7, 257
100) Eyermann-Fröhler § 113 Rdn 19;
Ziemer Birkholz § 100 FGO Rdn.43
Hübschmann-Hepp-Spitaler § 100 FGO Rdn 15;
Redeker von Oertzen § 108 Rdn 31 (beschränkend auf die Angabe der Rechtsgrundlage im VA)
101) OVG Münster Urt v. 26.5.1964 GewArch 1965, 141 (142); bedauerlicherweise übergeht es das Gericht, zu der Frage Stellung zu nehmen, ob es zu seiner Entscheidung aus prozessualen Überlegungen gelangt oder deshalb, weil der ohne Begründung erlassene Verwaltungsakt fehlerhaft ist und auch nachträglich nicht mehr geheilt werden könne (Ziemer-Birkholz § 100 FGO Rdn 43).
102) z.B. § 30 Abs.4 Satz 2 des Außenwirtschaftsgesetzes vom 28.4.1961 - BGBl I S. 481 -;
§ 22 Abs.1 der Verordnung zur Durchführung des Steuerberatungsgesetzes vom 1.8.1962- BGBl I S. 537 -;
§ 22 Abs. 1 des Gesetzes über das Verwaltungsverfahren der Kriegsopferversorgung vom 2.5.1955 - BGBl I S.202 -
§§ 23 Abs. 1 (wobei sich die Notwendigkeit einer Begründung erst aus einem Umkehrschluß aus § 23 Abs.2 ergibt) und 33 Abs. 3 Satz 2 des Ausländergesetzes vom 28.4.1965 - BGBl I S. 503 -;
§ 18 Satz 9 GewO., § 57 Abs.1 GWB, Art 80 BayWG

a. Begründungspflicht für den Widerspruchsbescheid

Da Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen in der Regel ein Widerspruchsverfahren vorauszugehen hat, gewinnt § 73 Abs.3, S. 1 VwGO, wonach der Widerspruchsbescheid mit Gründen zu versehen ist, besondere Bedeutung; ein Verstoß dagegen führt nach überwiegender Ansicht¹⁰³⁾ zur Anfechtbarkeit des Widerspruchsbescheides. Insbesondere Mutius¹⁰⁴⁾ folgert aus der Rechtsschutzfunktion dieser Vorschrift, daß "eine isolierte Anfechtung des Widerspruchsbescheides Aussicht auf Erfolg haben müßte". Dem steht jedoch entgegen, daß Anfechtungsgegenstand nicht der Widerspruchsbescheid, sondern der angefochtene Verwaltungsakt in der Gestalt des Widerspruchsbescheides ist (§ 79 Abs.1 Ziff.1 VwGO). War der Verwaltungsakt der ersten Verwaltungsinstanz mit Gründen versehen, der Widerspruchsbescheid jedoch nicht, so ist der Betroffene, wie Zschacke¹⁰⁵⁾ mit Recht betont, nicht gezwungen, "blind" gegen einen Verwaltungsakt ankämpfen zu müssen. "Er hat einen konkreten Verwaltungsakt vor sich, gegen den er sich unter Vortrag und Würdigung konkreter Tatsachen klageweise wehren konnte". Der Rechtsschutzfunktion des § 73 Abs.3 S. 1 VwGO ist damit Genüge getan. Rechtserheblich kann nur das Fehlen einer Begründung sowohl im Ausgangs- wie im Widerspruchsbescheid sein¹⁰⁶⁾.

103) Redeker von Oertzen § 73 Rdn 18;
Schunk de Clerck § 73 Anm. 6 b
OVG Koblenz DVBl 1958, 836

104) S. 209, 210 a.M. BVerwG Urt v. 23.1.1961 BVerwGE 12,20 (27):
Für den Einspruchsbescheid ist zwar eine Begründung gesetzlich vorgeschrieben. Ihr Fehlen zwingt aber nicht zu seiner Aufhebung im Verwaltungsstreitverfahren.

105) NJW 1954, 415

106) Zschacke NJW 1954, 414

Es wird jedoch eingewandt¹⁰⁷⁾, der Kläger könne, soweit der Widerspruchsbescheid nicht begründet sei, nicht besser gestellt werden als in den Fällen, in denen überhaupt kein Widerspruchsbescheid ergehe (§75 VwGO). Dieser Meinung ist vor allem Mutius¹⁰⁸⁾ entgegengetreten; die fehlende Begründung könne (mit heilender Wirkung) allenfalls nachgeholt werden, bevor sich der Bürger zur Klage entschließe.

b. Begründungspflicht nach § 80 III 1 VwGO

Besonderes Gewicht in der Verwaltungspraxis besitzt die Notwendigkeit einer schriftlichen Begründung des öffentlichen Interesses am sofortigen Vollzug eines Verwaltungsaktes in den Fällen des § 80 Abs. 3 Satz 1 VwGO. Zusammen mit dem in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes entwickelten Grundsatz, die Vollziehung von Verwaltungsakten dürfe jedenfalls nicht so kurzfristig angeordnet und durchgeführt werden, daß der Betroffene keine Möglichkeit habe, Rechtsschutz zu erlangen¹⁰⁹⁾, stellt dies die wirksamste Sicherung der Rechtsweggarantie

107) BayerVGh Urt v. 10.12.1962 BayVBl 1963, 91;

Urt v. 5.4.1955 BayVBl 1955, 277

108) S. 210: "Entlastungs- und Rechtsschutzfunktion des Widerspruchsverfahrens lassen sich nur dann umfassend verwirklichen, wenn der betroffene Bürger vor Klageerhebung alle tatsächlichen und rechtlichen Gründe, auf denen die Abweisung des Widerspruchs beruht, erfährt, weil er nur dann in die Lage versetzt wird, die Erfolgsaussichten einer möglichen Klage beurteilen zu können, sich also auch nur dann die Wahrscheinlichkeit erhöht, daß es überhaupt nicht zu einer Inanspruchnahme der Gerichte kommt. Im übrigen ist auch hier darauf hinzuweisen, daß die Begründung des Klageabweisungsantrags Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte nicht berücksichtigen darf (§§ 113 Abs. 1 S. 1, 114 VwGO) und daß die im Prozeß auftretende Behörde regelmäßig mit der Widerspruchsbehörde nicht identisch ist".

109) BVerwG Urt v. 2.9.1963 BVerwGE 16, 289

" " " 29.10.1963 " 17, 83:

"Es ist davon auszugehen, daß Art 19 Abs.4 GG nicht nur die theoretische Möglichkeit der Rechtsmittelerhebung, sondern auch die Effektivität des Rechtsschutzes garantiert".

Vgl. dazu insbes. Menger VerwArch 55, 283

des Art. 19 Abs. 4 GG dar. Der Begründungszwang soll, wie der BayerVGh ausführt¹¹⁰⁾, "nicht nur dem Betroffenen die Entscheidung erleichtern, ob er Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seines Rechtsbehelfes stellen will, sondern es soll vor allem auch verhindert werden, daß die Behörden ohne Prüfung schematisch alle Verwaltungsakte für sofort vollziehbar erklären". Die Vorschrift des § 80 Abs. 3 Satz 1 VwGO erzielt diese Wirkung nur deshalb, weil die herrschende Meinung¹¹¹⁾ die Vollstreckungsanordnung

110) BayerVGh B.v.11.8.1966 Nr. 139 I 66 zitiert in
Fundstelle 1966, 832
ebenso B.v. 28.8.1966 Nr.213 I 66

111) VGh Mannheim B.v.18.4.1961 DVBl 1961, 519 (520)
OVG Münster B.v. 1.8.1961 DVBl 1961, 924 = NJW 1962, 698
a.M. jedoch OVG Münster B.v.10.10.1962 DVBl 1963, 257
mit zust. Anm. von Noack,
dagegen mit überzeugenden Gründen Menger VerwArch 1963,
399(400)

OVG Lüneburg B.v. 6.7.1963 OVG 19, 374 (379)

Hess.VGh B.v. 2.5.1967 DÖV 1968, 255 = (auszugsweise)
JuS 1968, 437

OVG Lüneburg B.v. 26.11.1968 DÖV 1969, 113:

"Die Verwaltungsbehörde ist nicht gehindert, die sofortige Vollziehung eines Verwaltungsaktes - mit nunmehr ausreichender Begründung - erneut anzuordnen, wenn das Verwaltungsgericht die vorausgegangene sofortige Vollziehung desselben Verwaltungsaktes mangels einer ausreichenden Begründung (§ 80 Abs.3 Satz 1 VwGO) aufgehoben, die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs aber nicht angeordnet hatte".

Eyermann-Fröhler § 80 Rdn. 28;

Ule VwGO § 80 Anm. II 1,

Klinger § 80 Anm.C 4 g;

Redeker v.Oertzen § 80 Rdn 23

ohne ausreichende Begründung als unwirksam¹¹²⁾ ansieht und den in der fehlenden Begründung liegenden Verfahrensmangel als nicht heilbar betrachtet¹¹³⁾. Die entgegenstehende Auffassung des OVG Berlin¹¹⁴⁾, wonach die Behörde das Vorliegen der gesetzlichen Tatbestandsvoraussetzungen auch nachträglich begründen könne, wird dem Schutzzweck des Begründungszwanges insbesondere im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG nicht gerecht; sie ist auf allgemeine Ablehnung gestoßen¹¹⁵⁾

-
- 112) Die Frage, ob der Fehler Nichtigkeit oder nur Anfechtbarkeit zur Folge hat, erscheint nicht gerechtfertigt (vgl. dazu Eyermann-Fröhler § 80 Rdn 28 Menger VerwArch 54, 399), denn der Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO ist nicht fristgebunden; es ist nicht einzusehen, welchen Sinn diese Unterscheidung haben sollte (so auch Schäfer DÖV 1948, 482). Die Fehlerhaftigkeit einer Vollziehungsanordnung ergreift nicht den für sofort vollziehbar erklärten Verwaltungsakt selbst, sondern bleibt auf die Vollziehungsmaßnahme beschränkt (BVerwG Urt v. 26.6.1969 DÖV 1969, 755). Die Rechtsbehelfe, die dem Betroffenen dagegen zustehen, sind in § 80 Abs. 5 VwGO abschließend geregelt (vgl. dazu BVerwG Urt v. 21.10.1968 NJW 1969, 202)
- 113) OVG Lüneburg B.v.6.7.1963 OVGE 19, 374 (379) sowie Urt v. 26.11.1968 DÖV 1969, 113
- 114) OVG Berlin B.v.23.10.1963 NJW 1964, 790 insbes B.v.25.10.1965 DÖV 1966, 347= NJW 1966, 796 (mit krit. Anmerkung von Friese). Im Ergebnis ebenso: Schäfer DÖV 1967, 483 und Löwer DÖV 1963, 176
- 115) Hess VGH B.v.2.5.1967 DÖV 1968, 255:
Der Senat teilt nicht die vom OVG Berlin vertretene Ansicht, die dieses Gericht damit begründet, daß es sich bei dem besonderen Interesse an der sofortigen Vollziehung des Verwaltungsaktes um einen Rechtsbegriff handle, bei dessen Überprüfung das Gericht die von der Behörde hierzu vertretene Auffassung regelmäßig unbeachtet lassen könne, weil es das Vorhandensein der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale von sich aus ermitteln müsse. Diese Überlegung ist im Kern ein Angriff gegen den Begründungszwang als solchen, sie rechtfertigt aber das Nachschieben von Gründen nicht. Die gesetzliche Regelung dient einerseits einem Ordnungsbedürfnis und andererseits soll sie dem Betroffenen in dem Zeitpunkt, in dem durch die Anordnung in seine Rechte eingegriffen wird, und in dem er sich über die von ihm zu ergreifenden Maßnahmen schlüssig werden muß, Aufklärung darüber geben, welche Überlegungen die Behörde zu diesem Schritt veranlaßt haben. Diesen Zweck erfüllt eine nachträglich gegebene Begründung nicht. Zudem würde die Vorschrift völlig aufgeweicht, wenn die Behörde ihr Versäumnis dann jederzeit nachholen könnte und dies in der Praxis auch tun würde, wenn der Betroffene sich gegen die Anordnung wehrt."
Ebenso Bayer VGH aaO (Fußnote 102), Schunck - De Clerck Anm.3 d "Eine nachträgliche Ergänzung der Begründung erscheint zulässig, nicht aber volles Nachschieben".

Inhaltlich muß die Begründung eine Auseinandersetzung mit dem konkreten Fall enthalten; eine Formalbegründung, die nur den Gesetzestext wiederholt, reicht nicht aus¹¹⁶⁾. Es ist sogar bestritten, ob zur Begründung der sofortigen Vollziehung auf die Begründung des Verwaltungsaktes verwiesen werden darf und ob es genügt, wenn die Gründe aus dem Sachzusammenhang mit dem Bescheid erkennbar sind¹¹⁷⁾. Angesichts dieser strengen Maßstäbe erscheint es als seltsame Inkonsequenz, wenn verschiedentlich¹¹⁸⁾ die Ansicht vertreten wird, das Gericht könne wegen des auch im Aussetzungsverfahren geltenden Untersuchungsgrundsatzes das öffentliche Interesse aus anderen Gründen bejahen als die Verwaltungsbehörde. Der Begründungszwang verliert jegliche Bedeutung, wenn die von der Behörde angegebenen Gründe nicht auf ihre Richtigkeit und Sachgerechtigkeit hin überprüft werden. Es ist nicht Sache des Gerichts, andere als die von der Behörde angegebenen Gründe für die sofortige Vollziehung zu ermitteln¹¹⁹⁾, denn die Behörde hätte diesen Gründen möglicherweise nicht genügend Gewicht beigelegt, um den Verwaltungsakt ihrerwegen für vollziehbar zu erklären.

116) OVG Münster B.v.1.8.1961 DVBl 1961, 924 = NJW 1962, 698

117) OVG Münster B.v.12.12.1960 DVBl 1961 484 (insbes. Anm. von OVG Münster B.v.21.2.1964 GewArch 1967, 118 Jecht)
OVG Münster B.v.1.8.1961 OVGE 17, 45

118) Ule DVBl 1961, 48;
Redeker von Oertzen § 80 Rdn 40
Löwer DÖV 1963, 176;
Eyermann-Fröhler § 80 Rdn 28

119) VG Hannover DVBl 1961, 47, 48

II. Teil =====

1. Kapitel: Das Nachschieben von Gründen als Problem des Verwaltungsverfahrensrechtes

Wie in dem vorangehenden Kapitel gezeigt wurde, hat sich die Rechtsprechung in der Frage des Nachschiebens von Gründen nicht allzusehr von den Grundsätzen und Argumenten (soweit solche angeführt werden) entfernt, die das Preußische Oberverwaltungsgericht bereits zu Beginn dieses Jahrhunderts entwickelt hatte.

Derart ehrwürdige Tradition braucht zwar nicht von vorneherein Mißtrauen zu erwecken, sie sollte jedoch daraufhin überprüft werden, ob sie mit der heutigen verfassungsrechtlichen Situation noch voll im Einklang steht. Auf kaum einem anderen Sektor des öffentlichen Rechts hat sich nämlich die veränderte verfassungsrechtliche Ausgangslage, wie sie sich seit der Schaffung des Grundgesetzes darstellt, in einer so tiefgreifenden, zum Teil bis in die feinsten Verästelungen des Rechts hineinreichenden und sie umgestaltenden Weise niedergeschlagen wie gerade im Verwaltungsprozeßrecht¹⁾.

Das hatte insbesondere zur Folge, daß die Frage heute nicht mehr nur als - im engeren Sinne - prozessuale betrachtet, sondern unter einem völlig anderen Blickwinkel erörtert wird. Diesen neuen Aspekt verdeutlicht der Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, der ja nichts anderes als "den Vollzug eines Verfassungsauftrages" darstellt.²⁾ § 35 Abs.1 Ziff. 2 der sog. "Münchener Fassung"³⁾ besagt:

1) Schenke AöR 95, 223, DÖV 2969, 332

2) Ule Verwaltungsreform S. 59

3) EVwVerfG 1963, 2. Aufl. S. 303 ff

"Eine Verletzung von Verfahrens- oder Formvorschriften, die nicht den Verwaltungsakt nach § 34 nichtig macht, ist unbeachtlich, wenn ... die erforderliche Begründung nachträglich gegeben wird."

Nicht nur an die Behörde⁴⁾, sondern in erster Linie an die Gerichte gewandt, ergänzt § 36 EVwVerfG:

"Ein Verwaltungsakt, der nicht nach § 34 nichtig ist, kann nicht allein deshalb aufgehoben werden, weil er unter Verletzung von Verfahrens- oder Formvorschriften oder von Regelungen über die örtliche Zuständigkeit zustande gekommen ist, wenn keine andere Entscheidung in der Sache hätte getroffen werden können oder wenn anzunehmen ist, daß die Verletzung die Entscheidung in der Sache nicht beeinflußt hat."

Die Regelung des Entwurfes soll nicht als unumstößliche Wahrheit hingenommen werden. Der Hinweis auf ihn mag lediglich verdeutlichen, was Großschupf in den Satz kleidete: "Wir sehen zwei Gedankenlinien, deren Ausgangspunkte verschieden sind und die deshalb nicht erkennen lassen, daß sie denselben Gegenstand betreffen⁵⁾". Das Problem des Nachschiebens von Gründen erheischt nicht nur prozeßrechtliche Betrachtungen, sondern ebensosehr eine Auseinandersetzung mit der Frage, wieweit das Fehlen der Begründung den Verwaltungsakt "anfechtbar", "rechtswidrig" macht, mit der Wirkung, daß er auf Klage vom Verwaltungsgericht aufgehoben werden muß⁶⁾. Diese Überlegung soll hier zuerst aufgegriffen werden, weil sie sich von den bisherigen Argumenten, die ausnahmslos nach dem Prozeßrecht ausgerichtet waren, deutlich abhebt.

4) Begründung zu § 36 EVwVerfG S. 162

5) Groschußf DVBl 1962, 628;

6) Wolff § 50 II d ";

a.M. Tschira/Schmitt Glaeser S. 228:

"Nur mittelbar interessant ist in diesem Zusammenhang die materiellrechtliche Frage, inwieweit schon allein die Tatsache, daß eine (richtige) Begründung zur Zeit des Erlasses des VA nicht erbracht wurde, seine Rechtmäßigkeit beeinflussen kann".

Groschupf⁷⁾ meint, hier werde vom Verwaltungsakt und seinen Fehlern her gedacht und nicht von der Aufgabe des Richters, den Streit in der Sache zu entscheiden. Dieser Vorwurf erweist sich als unbegründet. Es ist in diesem Zusammenhang unerheblich, ob das Fehlen der Begründung zur Nichtigkeit oder zu sonstiger Fehlerhaftigkeit des Verwaltungsaktes führt. Zu seiner Bewertung der Dinge gelangt Groschupf, weil er den Begriff der Anfechtbarkeit als "Anfechtung mit der rechtlichen Notwendigkeit eines Erfolges⁸⁾" (= Vernichtbarkeit) versteht, und dies mit Rechtswidrigkeit gleichsetzt. Es ist jedoch überflüssig zu betonen, daß nicht jede bzw. nicht eines jeden Anfechtungsklage gegen einen rechtswidrigen Verwaltungsakt zum Erfolg führt. Nach § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO hebt das Gericht den Verwaltungsakt nur auf, wenn er rechtswidrig ist und den Kläger dadurch⁹⁾ in seinen Rechten verletzt.

Nicht ob der Verwaltungsakt wegen der fehlenden Begründung rechtswidrig ist, steht im Streit¹⁰⁾, sondern ob allein das Fehlen der Begründung den Kläger in seinen

7) Groschupf DVBl 1962, 628

8) vgl. den Hinweis S. 628 Fußn. 17 auf Jellinek Lehrbuch S. 279: Anfechtung mit der rechtlichen Notwendigkeit eines Erfolges

9) Henke S. 76:

"Das bedeutet, daß ein Zusammenhang zwischen der Gesetzesverletzung und dem Betroffensein bestehen muß ... Ein subjektives öffentliches Recht entsteht nur dann, wenn ein Bürger durch das Verhalten der Verwaltung in seinen eigenen Angelegenheiten betroffen wird und wenn das Verhalten ein Gesetz verletzt, das eben diese Angelegenheiten zum Gegenstand hat."

10) Ossenbühl DöV 1964, 515:

Beachtlich ist zunächst, daß der Entwurf im Gegensatz zu Tendenzen in der Rechtsprechung den Begriff der Rechtswidrigkeit nicht antastet. Rechtswidrigkeit als Inkongruenz zwischen Sollen und Sein liegt auch vor, wenn lediglich unbedeutende formelle Vorschriften verletzt worden sind; nur bleibt diese Verletzung für den Bestand des VA ohne Rechtsfolgen."

Menger VerwArch 58, 292 ders. bereits VerwArch 56, 191
Feneberg DVBl 1965, 223

Rechten verletzt¹¹⁾). Dies tritt in der Diskussion nur deshalb nicht klar zutage, weil die Erörterungen in der Regel an der Fassung des Musterentwurfes ansetzen und weil von hier aus geprüft wird, inwieweit ein Fehler im konkreten Fall oder Verfahrensfehler allgemein erheblich sind. Dazu mag - worauf Henke hinweist - ferner beigetragen haben, daß die herrschende Auffassung bei Anfechtungsklagen des Adressaten eines Verwaltungsaktes die Voraussetzungen des subjektiven öffentlichen Rechts niemals prüft¹²⁾.

11) BVerwG Urt v. 29.3.1966 BVerwGE 24, 29 (32):

"Jedoch kann auch hier zugunsten der Kläger davon ausgegangen werden, daß der VA gegen das Verfahrensrecht verstößt und deshalb rechtswidrig ist. Denn hieraus folgt nicht ohne weiteres, daß er im Verwaltungsprozeßrecht aufgehoben werden muß. Dies hängt vom Zweck der etwa verletzten Verfahrensvorschrift und davon ab, ob der imilverwaltungsverfahren unterlaufene Verfahrensverstoß einen durch das gerichtliche Verfahren nicht mehr korrigierbaren Einfluß auf den angefochtenen VA haben konnte."

BVerwGE Urt v. 13.6.1969 DVBl 1970, 60

12) Henke S. 67:

"Auch die Verwaltungsgerichte, die sonst heute der herrschenden Auffassung (vom subjektiven öffentlichen Recht) durchweg folgen, stellen die entsprechende Prüfung bei solchen Klagen niemals an. Das ist besonders dann auffällig, wenn der Verwaltungsakt wegen der Verletzung formeller, verfahrensrechtlicher Gesetze angefochten wird, die im allgemeinen dem öffentlichen Interesse dienen."

ebenso Bartlsperger DVBl 1970, 30

A. Das subjektiv öffentliche Recht auf Beachtung von
Verfahrensvorschriften

Die Frage, inwieweit dem Betroffenen ein Rechtsanspruch auf die Beachtung von Vorschriften des Verwaltungsverfahrensrechtes zusteht, beantwortet sich verschieden, je nachdem, ob man auf eine vom Gesetz gewollte Schutzrichtung abstellt¹³⁾, oder ob, davon unabhängig, jede Rechtsnorm erst daraufhin geprüft wird, wieweit aus ihr ein Rechtsanspruch des Gewaltunterworfenen folgt¹⁴⁾.

I. Der Anspruch im allgemeinen

1) Abhängigkeit des subjektiven öffentlichen Rechts
vom Willen des Gesetzgebers

Im Zusammenhang mit der Rechtsprechung des früheren preußischen Obergerichtes betont Henke¹⁵⁾ - auf die Schutzrichtung des Gesetzes abstellend - Zuständigkeits- und Verfahrensnormen bildeten die innere Ordnung des Behördenwesens und dienten nicht dem Individualinteresse des Bürgers. Das Verwaltungsverfahren sei also generell ungeeignet, subjektive öffentliche Rechte zu gewähren.

13) VGH BadWürtt Urt v. 10.3.1966 ESVGH 16, 118:
"Verfahrensfehler im Baugenehmigungsverfahren können zu einer Rechtsverletzung des Nachbarn nur in den Fällen führen, in denen das Baurecht dem Nachbarn eine rechtlich geschützte Position gerade in formeller Hinsicht einräumt."
OVG Lüneburg Urt v. 25.11.1965 DVBl 1966, 275 (278)
BVerwG Urt v. 29.3.1966 DVBl 1966, 686 (689)
BVerwG Urt v. 6.12.1967 DVBl 1968, ~~61~~ 651
ferner Sellmann, DVBl 1963, 273 (279 und 285)
Groschupf DVBl 1962, 627

14) Bartlsperger DVBl 1970, 33

15) Henke S. 65

Eine solche ausnahmslose Verneinung von Rechtsansprüchen auf Beachtung von Vorschriften des Verwaltungsverfahrensrechtes muß in einer den Individualrechtsschutz betonenden rechtsstaatlichen Verfassungsordnung Bedenken begegnen¹⁶⁾. Wollte man tatsächlich nur auf die vom Gesetz gewollte Schutzrichtung abstellen, so wäre der Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes der beste Weg, den Rechtsanspruch auf die Beachtung von Verfahrensvorschriften weitgehend^{zu} leugnen. Die Einzelbegründung zu den §§ 35, 36 EVwVerfG 1963 erklärt ausdrücklich: Verfahrens- und Formvorschriften sind kein Selbstzweck. Sie sollen überwiegend das Verfahren nur im Interesse einer richtigen Sachentscheidung in bestimmte Bahnen und Formen zwingen, haben mithin gegenüber dem materiellen Recht nur eine dienende Funktion (vgl. Groschupf DVBl 1962, 627, 630 Bettermann DVBl 1963, 826). "Nun kann zwar", wie Ossenbühl¹⁷⁾ ausführt, "der Gesetzgeber de lege ferenda grundsätzlich formelle Vorschriften in gewissen Fällen für unbeachtlich erklären. Das ist bisher auch schon in Form sog. Soll-Vorschriften geschehen. Die Frage bleibt aber, ob ihm hierbei nicht in einem bestimmten Umfange durch das verfassungsrechtlich statuierte Rechtsstaatsprinzip die Hände gebunden sind. Man muß bedenken, daß der materielle Rechtsstaat nur durch eine gewisse Formalisierung verwirklicht werden kann". Es ist ein verhängnisvolles Sich-im-Kreise-Drehen, wenn einerseits die höchstichterliche Rechtsprechung subjektiv öffentliche Rechte auf Beachtung von Vorschriften des Verwaltungsverfahrensrechtes nur dort gewährt, wo der Gesetzgeber eine solche Begünstigung will¹⁸⁾ und wenn andererseits, wie der Entwurf des Verwaltungsverfahrensgesetzes zeigt, der Gesetz-

16) Bartlsperger DVBl 1970, 30

17) DÖV 1964, 516

18) vgl. außer den in Anm. 8 genannten Entscheidungen
BVerwG Urt v. 13.7.1967 BVerwGE 27, 296 (301)
" " v. 15.10.1968 " 30, 344

geber lediglich darum bemüht ist, den gegenwärtigen Stand der Rechtsprechung zu kodifizieren. Das zeigt sich besonders in der Frage des Nachschiebens von Gründen. Der Musterentwurf geht davon aus, daß Verfahrensfehler grundsätzlich unbeachtlich sein sollen; er läßt damit das Nachschieben weitestgehend zu. Die Ergebnisse der Rechtsprechung, die im Grunde noch immer den Geist des Preußischen Obergerichtes atmet, werden trotz der völlig veränderten verfassungsrechtlichen Situation in den Gesetzesrang erhoben¹⁹⁾. Unter diesen Umständen bedeutet die Kodifizierung des Verwaltungsverfahrenes einen aus rechtsstaatlichen Gründen mehr als bedenklichen Stillstand der Rechtsentwicklung. Auf diese Weise wird der Zweck der verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgarantie, deren wesentlicher Sinn es gerade ist, die Frage subjektiv öffentlicher Berechtigungen auf der Ebene des Verfassungsrechtes zu entscheiden, unterlaufen²⁰⁾.

2) Ableitung des subjektiv öffentlichen Rechts aus dem Verfassungsrecht

Demgegenüber weist Henke im einzelnen nach, daß die Begründung des subjektiv öffentlichen Rechts vom Willen des Gesetzgebers unabhängig ist²¹⁾: "Nicht der Gesetzgeber ist es, der durch seine Entscheidung die Individualisierung und Subjektivierung des objektiven Rechts vornimmt, denn er ist nicht Herr des Rechts. Es ist die natürliche und tatsächliche Individualität des Einzelnen, dessen individuelle Freiheit mit dem öffentlichen Wohl im Gesetz zur höheren Ordnung ausgeglichen und aufgehoben ist ..."

19) wie BVerwG Urt v. 14.2.1969 BayVB1 1969k 245 zeigt, bleibt schon der Musterentwurf nicht ohne Rückwirkungen auf die Rechtsprechung

20) Bartlsperger DVBl 1970, 32

21) Henke S. 57 - 61

Diese Entwicklung des subjektiv öffentlichen Rechts ist untrennbar verbunden mit der Entstehung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, insbesondere mit der Fortbildung der individuellen Beanstandungsklage zu der unter dem Einfluß des Art. 19 Abs. 4 GG allein dem Individualrechtsschutz dienenden Anfechtungsklage²²⁾. Die Feststellung subjektiver öffentlicher Rechte hat somit nicht im Wege der Gesetzesinterpretation, sondern durch eine Bewertung der tatsächlichen Auswirkungen der Verwaltungsrechtsnormen auf den Individualbereich zu erfolgen. Eben dies ist die Arbeitsmethode all derer, die von einer Kritik des Musterentwurfes ausgehend, prüfen, wieweit ein Rechtsanspruch auf Beachtung von Vorschriften des Verwaltungsverfahrenes besteht²³⁾. Entgegen der Ansicht Bartlspergers reden diese nirgends einem Anspruch auf Beanstandung objektiver Gesetzeswidrigkeit das Wort; vielmehr sehen sie darin, wie Menger es formulierte²⁴⁾, einen "embryonalen Rechtsschutz fürden einzelnen". Soweit Verfahrensvorschriften dem Zweck einer umfassenden Aufklärung und Würdigung des Sachverhaltes sowie einer richtigen Rechtserkenntnis dienen, verwirklichen sie ein fundamentales rechtsstaatliches Anliegen.

"Ergeben sich diese Verfahrensgrundsätze aus dem Rechtsstaatsprinzip, so ist jede gesetzliche Regelung des Verwaltungsverfahrens, die diesen Grundsätzen zuwiderläuft, verfassungswidrig. Der Gesetzgeber ist in diesen Fragen in der rechtlichen Gestaltung des Verwaltungsverfahrens nicht frei".²⁵⁾

22) im einzelnen hierzu Henke S. 62 ff sowie 120 ff, ferner Bartlspenger DVBl 1970, 32

23) Ule Verwaltungsreform S. 71 ff
Ule - Becker S. 54
Ossenbühl DÖV 1964, 515
Menger VerwArch 56, 190

24) VerwArch 56, 192

25) Ule Verwaltungsreform S. 59

II. Welche verfassungsrechtlich geschützten Rechte
des Staatsbürgers können durch das Nachschieben
von Gründen verletzt werden?

Die Kehrseite des Problems, ob Gründe noch während des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens nachgeschoben werden können, ist somit die Frage, inwieweit überhaupt für die Behörde die Notwendigkeit besteht, ihre Verwaltungsakte zu begründen und ob etwaige Mängel insoweit Rechte des Staatsbürgers beeinträchtigen können. Diese Frage ist an Hand verfassungsrechtlicher Grundsätze zu beantworten.

1) Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs

Der Zusammenhang mit der Frage nach der Beachtlichkeit von Verstößen gegen Vorschriften des Verwaltungsverfahrensrechtes rechtfertigt es, über das Problem des Begründungszwanges im engeren Sinne hinauszugreifen und an dieser Stelle auf einen Mangel hinzuweisen, an dem das Verwaltungsverfahren immer dann leidet, wenn Gründe erst im Verwaltungsprozeß nachgeschoben werden.

Die Behörde hat die nachträglich geltend gemachten Gründe vorher in der Regel nicht mit dem Betroffenen erörtert. Sie hat ihm insofern jedenfalls im Verwaltungsverfahren das rechtliche Gehör nicht gewährt und damit von vorneherein auf eine wesentliche Garantie für eine richtige Verwaltungsentscheidung (und nur darum geht es hier) verzichtet.

a) Der Anspruch auf rechtliches Gehör im
Verwaltungsverfahren

Sehr oft ist allein der Betroffene in der Lage, bestimmte Annahmen zu entkräften, von deren Richtigkeit die Verwaltungsbehörde bei ihrer Entscheidung ausgeht. Ob der Tatbestand vorliegt, an den das Gesetz den Erlass eines Verwaltungsaktes als Rechtsfolge knüpft, läßt sich nicht einwandfrei feststellen, ohne daß dem Adressaten des Verwaltungsaktes Gelegenheit dazu gegeben wird, sich zu dem von der Ver-

waltungsbehörde ermittelten Sachverhalt zu äußern. Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs ist daher im Verwaltungsverfahren heute allgemein anerkannt²⁶⁾; er wird teils als Gebot der Menschenwürde²⁷⁾ betrachtet, teils auf den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung²⁸⁾ zurückgeführt. Sieht man den Zweck des rechtlichen Gehörs darin, die richtige Entscheidung zu garantieren, so entspricht seine Geltung im Verwaltungsverfahren dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, der die vollziehende Gewalt an Gesetz und Recht bindet.

Zwar erfüllt die Gewährung rechtlichen Gehörs ebenso wie der Begründungszwang (aus der Sicht der Verwaltung) den Zweck, der autoritären Entscheidung der Verwaltungsbehörde die in einer Demokratie erforderliche Überzeugungskraft zu verleihen²⁹⁾. Zuerst handelt es sich dabei jedoch um eine

-
- 26) BVerwG Urt v. 29.5.1957 DVBl 1957, 624
BVerwG Urt v. 8.11.1957 DVBl 1958, 174
BVerwG Urt v. 6. 3.1959 DVBl 1959, 777
BVerwG Urt v. 1.10.1963 DVBl 1965, 28:
"Es ist folglich nicht nur zweckdienlich, denjenigen anzuhören, der von einer Verwaltungsentscheidung betroffen wird, oder werden kann, sondern notwendig".
BVerwG Urt v. 29.3.1966 BVerwGE 24, 23, (32)
BVerwG Urt v. 14.2.1969 BayVBl 1969, 245
BadWürttbg VGH Urt v. 6.11.1961 ESVGh 11, 166
Hess VGH Urt v. 2.11.1961 ESVGh 12, 134
König DVBl 1959, 189;
Winterfeld NJW 1961, 849;
Ule DVBl 1957, 597 und 1963, 475;
Spanner DÖV 1958, 651;
Mayer BayVBl 1960, 332;
Haueisen DVBl 1962, 881;
Spanner DVBl 1964, 847;
Forsthoff S. 219,
Feneberg DVBl 1965, 179
Maunz-Dürig-Herzog Art.103 GG Rdn 95
27) Maunz-Dürig-Herzog Art 103 Abs.1 GG Rdn 92;
Wintrich BayVBl 1957, 137;
Röhl NJW 1958, 1268;
Arndt NJW 1959, 6 ff
28) Ule 1959, 540;
Ule-Becker S. 39
29) Ule Verwaltungsreform S. 71

rechtspflegerische Maßnahme zum Schutz des Betroffenen. Die Chance des Staatsbürgers liegt darin, durch seine rechtzeitige Stellungnahme den Erlass eines ihn belastenden Verwaltungsaktes verhindern zu können und nicht erst in einem gerichtlichen Verfahren - mit all seinen Risiken - die Umgestaltung der Rechtslage durch die Behörde rückgängigmachen zu müssen.

b) Rechtliches Gehör beim Nachschieben von
Rechtsgründen

Es bleibt die Frage, ob rechtliches Gehör auch hinsichtlich der rechtlichen Beurteilung f e s t s t e h e n d e r Tatsachen zu gewähren ist (ob mit anderen Worten auch das Nachschieben bloßer Rechtsgründe den Grundsatz des rechtlichen Gehörs verletzen kann). Für das verwaltungsgerichtliche Verfahren wird dies von Ule³⁰⁾ ausdrücklich bejaht. Rechtliches Gehör in Verfahren, in denen nur Rechtsfragen zu entscheiden seien, bedeute, daß der Entscheidung nur solche Rechtsansichten zugrunde zu legen seien, zu denen sich die Beteiligten äußern konnten.

Die Parteien und das Gericht bilden - wie Ule betont - eine Arbeitsgemeinschaft, die eine richtige Entscheidung verbürgen soll; andernfalls wäre es z.B. nicht vorstellbar, wes-halb auch im Revisionsverfahren rechtliches Gehör gewährt werden sollte.

Ebenso³¹⁾ erscheint im Verwaltungsverfahren die Mitwirkung des Betroffenen als Teilhabe an der Verwaltung, wenn

30) DVBl 1959, 542;

31) Die Fortführung dieses Gedankens erscheint vor allem deshalb gerechtfertigt, weil Ule den Grundsatz des rechtlichen Gehörs auch im gerichtlichen Verfahren (Art. 103 Abs.1 GG) auf die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung zurückführt (vgl. insbes. DVBl 1959, 542)

auch im eigenen Fall und im eigenen Interesse³²⁾). Die schon aus rechtsstaatlichen Gründen notwendige Mitwirkung der Beteiligten dient einer engeren Verbindung des einzelnen mit der Verwaltung, deren Entscheidungen - auch wenn sie für den Beteiligten ungünstig ausfallen - von diesem eher akzeptiert werden, wenn sie unter seiner maßgeblichen Mitwirkung zustande gekommen sind.

Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs führt zur Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes³³⁾). Sie ist von so schwerwiegender Bedeutung, daß ihre Kausalität für die Fehlerhaftigkeit der Entscheidung vermutet wird. Was § 138 Ziff. 3 VwGO für das gerichtliche Verfahren ausdrücklich bestimmt, gilt wegen der rechtsstaatlichen Bedeutung des Grundsatzes ebenso sehr für das Verwaltungsverfahren.

Aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs folgt die Pflicht der Verwaltungsbehörde, dem Staatsbürger nach Abschluß des Verfahrens die Gründe mitzuteilen, die sie zu ihrer Entscheidung geführt haben. Das rechtliche Gehör würde unvollständig sein, wenn die Verwaltungsbehörde die Gründe für ihre Entscheidung nicht offenzulegen brauchte. Rechtliches Gehör und Begründungszwang sind deshalb miteinander

32) Ule Verwaltungsreform S. 64:

"Im übrigen ist darauf hinzuweisen, daß die Mitwirkung der Beteiligten am Verwaltungsverfahren nicht nur unter rechtsstaatlichen, sondern auch unter demokratischen Gesichtspunkten gesehen werden muß."

33) BVerwG Urt v. 29.3.1966 BVerwGE 24, 23, 32:

"Sollte dem Stadtrat bei Erlaß seines Erkenntnisses wegen unzureichender Erörterung der Einwendungen der Kläger eine für den Vorbescheid wesentliche Tatsache entgangen sein, die erst im Verwaltungsprozeß ermittelt worden ist, so hätte sich sein Verwaltungsakt als materiell rechtswidrig erwiesen."

zusammenhängende Auswirkungen des Grundatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung auf das Verwaltungsverfahren³⁴⁾.

2) Begründungszwang

Wären gesetzliche Formvorschriften nichts als reine Ordnungsprinzipien, so vermöchte ihre Mißachtung die Rechte des Staatsbürgers nicht zu beeinträchtigen. Sie sind jedoch rechtsstaatliche Grundsätze von Rang und Bedeutung³⁵⁾. Auch die Notwendigkeit einer Begründung - sei sie gesetzlich vorgeschrieben oder nicht - entspricht nicht nur einem Ordnungsbedürfnis³⁶⁾.

a) Der Begründungszwang als Garantie der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung Art. 20 Abs. 3 GG

Die Notwendigkeit, einen Verwaltungsakt begründen zu müssen, zwingt die Verwaltung dazu, sich dem Staatsbürger verständlich zu machen, ihm gegenüber den Anspruch zu konkretisieren und setzt zu allererst die Besinnung der Verwaltung auf ihre eigenen rechtlichen Möglichkeiten voraus.

34) Ule - Becker S. 40

35) Menger VerwArch 54, 400 ders. VerwArch 55, 76
OVG Lüneburg Urt v. 17.10.1963 - AZ I OVG A 1/62 -
(zit. VerwArch 55, 77)

"Entscheidungen der Gerichte, die sich allein aus einer Anwendung von Formvorschriften erklären, vermögen häufig nicht zu befriedigen, ja, sie vermitteln leicht den Eindruck eines mangelnden Verständnisses für die Praxis und gar den einer Lebensfremdheit. Dieser Eindruck ist falsch. Er ist es schon aus allgemeinen Erwägungen. Formvorschriften dienen der Berechenbarkeit und damit einem der fundamentalsten Anliegen des Rechtsstaates überhaupt. Dies bedingt ihre grundsätzlich strenge Auslegung und dies verleiht gerade auch ihnen eine Bedeutung, die derjenigen des materiellen Rechtes nicht nachsteht".

36) wie es etwa Noack DVBl 1963, 258 annimmt

Der Zwang zur Begründung verhindert damit Willkürentscheidungen³⁷⁾. Haben alle Verwaltungsinstanzen eine Begründung unterlassen und sind die konkreten Gründe nicht aus den vorangegangenen Geschehnissen klar erkennbar und bekannt, so wirkt der behördliche Eingriffsakt dem Betroffenen gegenüber als Maßnahme behördlicher Willkür; sie muß auch vom Gericht als ein Willkürakt, der der Aufhebung verfällt, gewertet werden³⁸⁾. Das gilt nicht nur bei Ermessensentscheidungen, wie Zschacke annimmt, sondern ebenso sehr bei gebundenen Entscheidungen; denn es läßt sich gerade wegen des Fehlens der Begründung nicht ausmachen, ob die Behörde die eine oder die andere treffen wollte. Z.B.: Das Gewerbeamt ordnet ohne nähere Begründung an, eine Gaststätte müsse an bestimmten Tagen schon um 22 Uhr schließen. Es läßt sich nicht feststellen, ob es sich hierbei um eine Auflage nach § 11 Abs.1 Buchst.b des Gaststättengesetzes oder um eine Vorverlegung der Sperrstunde nach § 5 Abs.3 der aufgrund der §§ 14 und 23 des Gaststättengesetzes erlassenen Sperrstundenverordnung³⁹⁾ handelt.

Eine derartige Ungenauigkeit der Behörde kann darauf beruhen, daß sie ihre Anordnung ins Blaue hinein traf, ohne sich gewissenhaft informiert zu haben und obwohl sich

37) Ule DVBl 1959, 542:

"Die Offenlegung der Begründung wäre ein Mittel, Willkür auszuschließen"

Ule Verwaltungsreform S. 71

Kopp BayVBl 1969, 273:

"Der Satz Iherings, daß die Form die geschworene Feindin der Willkür und die Zwillingschwester der Freiheit ist, gilt für das Verwaltungsverfahren nicht anders als für das Verfahren vor den Gerichten. Gerade durch die gewählte Form erfüllt das Verwaltungsverfahren eine allgemeine Schutzfunktion für den einzelnen."

38) Zschacke NJW 1954, 414

39) Landesverordnung über die Sperrstunde vom 31.7.1957 BayVBl S.187

die Notwendigkeit einer weiteren sachlichen Aufklärung oder rechtlichen Überprüfung aufdrängen mußte. Ein solcher Verwaltungsakt ist - unabhängig von der Frage seiner Begründung - als Willkürakt vernichtbar⁴⁰⁾. Dies muß vor allem im Hinblick auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 2 Abs. 1 GG gelten⁴¹⁾, wonach das dort garantierte Freiheitsrecht nicht nur als Persönlichkeitsrecht, sondern im weiten Sinne einer umfassenden Handlungsfreiheit verstanden wird; der Eingriffsvorbehalt des Art. 2 Abs. 1 GG schützt daher vor Beeinträchtigungen, die im allgemeinsten Sinne rechtswidrig sind.

Hat die Verwaltungsbehörde andererseits die Angelegenheit sachlich und rechtlich zutreffend geprüft, die Gründe ihrer daraufhin ergangenen Entscheidung aber dem Betroffenen nicht mitgeteilt und sie auch später nicht bekanntgegeben, so muß sie die Vermutung gegen sich gelten lassen, sie habe willkürlich gehandelt. Sie hat die Folgen zu tragen, wenn sie beweisfällig bleibt⁴²⁾.

Das gleiche trifft zu, wenn die Behörde eine nichtsagende schablonenmäßig oder offensichtlich nur vorgeschobene Begründung gibt. Eine solche Begründung erfüllt weder den Zweck, die Behörde zu gesetzmäßigem Handeln anzuhalten, noch vermag sie den Anspruch der Behörde gegenüber dem Staatsbürger hinreichend zu konkretisieren.

40) Kopp VerwArch 61, 237

41) BVerfG Urt v. 16.1.1957 BVerfGE 6, 38;
6, 433; 7, 119; 9, 88; 10, 360; 14, 306.

42) Kopp VerwArch 61, 247

Der Zwang, die Entscheidung gegenüber dem Betroffenen vertreten zu müssen und der psychologische Druck, der darin liegt, die für eine Entscheidung maßgebenden Erwägungen zu formulieren⁴³⁾ und gegebenenfalls zu Papier zu bringen, dient in besonderem Maße dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung⁴⁴⁾.

43) Kopp BayVBl 1969, 272

Mutius S. 209:

"Es ist nämlich durchaus denkbar, daß der bloße Vorgang einer ins einzelne gehenden Begründung die Behörde zu einer Revision ihrer Entscheidung nötigt, weil sich erst dann zeigen kann, daß die vorgesehene Entscheidung voreilig getroffen, mithin nicht haltbar ist."

44) Ule DVBl 1963, 477:

"Auch die Rechtfertigung des Begründungszwanges für belastende Verwaltungsakte mit rechtsstaatlichen Grundsätzen hat keine selbständige Bedeutung, sondern kann auf den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und die gerichtliche Generalklausel zurückgeführt werden."

ebenso Ule-Becker S. 49:

"Denn der Begründungszwang ergibt sich in der Bundesrepublik wie in Österreich aus dem verfassungsmäßig (Art. 20 Abs. 3 GG) gewährleisteten Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ..."

ferner Ule, Verwaltungsreform S. 70

Feneberg

DVBl 1965, 223: "Der Begründungszwang ist unabdingbare Folge des Rechtsstaatsprinzips. Dies erfordert sowohl der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, der die Verwaltung zwingt, die gesetzlichen Voraussetzungen ihres Handelns gewissenhaft zu prüfen ..."

Bartlsperger VerwArch 58, 271;

Forsthoff S. 219

VGH Freiburg Urt v. 8.9.1958 VRSpr. 11, 548

Nirgendwo läßt sich diese Garantie besser verwirklichen als im Verwaltungsverfahren. Die Behörde hat sich nach außen hin noch nicht festgelegt und besitzt - selbst im Widerspruchsverfahren - noch ganz die Herrschaft über das Verfahren, mit dem sie ihr eigenes Handeln kontrolliert. Bei sachgerechter Tatbestandsermittlung und rechtlicher Würdigung kann sie hier noch Fehler vermeiden bzw. korrigieren, ohne das Gesicht zu verlieren.

b) Der Begründungszwang als Folge der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG.

Speziell auf den Rechtsschutz des Staatsbürgers bezogen hat die Begründung des Verwaltungsaktes die Aufgabe, den Betroffenen so umfassend zu informieren, daß er sich schlüssig werden kann, ob er Rechtsmittel einlegen oder Klage erheben soll. Um sich sachgemäß verteidigen zu können, muß er wissen, aus welchen tatsächlichen und rechtlichen Gründen die Verwaltungsbehörde zu ihrer Entscheidung gelangt ist⁴⁵⁾.

-
- 45) BVerfG Urt v. 16.1.1957 BVerfGE 6, 32 Musterentwurf S. 145
Ule DVBl 1963, 477
Menger VerwArch 1965, 180
Feneberg DVBl 1965, 223
Forsthoff S. 230
VGH Freiburg Urt v. 5.12.1955 NJW 1957, 37 = VRspr.8, 683:
"Art 19 Abs.4 GG garantiert den Rechtsweg gegen jegliche Verwaltungsakte. Die Frage der Begründungspflicht bei Erlassung von Verwaltungsakten soll und muß allgemein unter Gesichtspunkten des durch Art 19 Abs.4 GG garantierten Rechtsschutzes nach Maßstäben der Rechtsstaatlichkeit ihre Beantwortung finden. Die Anführung der Gründe, welche für die Erlassung eines Verwaltungsaktes maßgebend sind, wird heute als rechtsstaatliches Erfordernis angesehen. Der Auffassung, des BVerwG (vgl. Urt v. 13.1.1955), wonach ein Verwaltungsakt, soweit nicht gesetzlich etwas anderes bestimmt ist, ohne jegliche Begründung erlassen werden kann, kann in dieser Formulierung aus rechtsstaatlichen Gründen nicht beigegeben werden". Die ablehnende Anmerkung von Idel (NJW 1957, 36, 37) verkennt diese verfassungsrechtlichen Zusammenhänge."
Wie hier auch OVG Lüneburg Urt v. 10.4.1950 ZBR 1956, 220

Eine besondere Bedeutung kommt der Begründung bei Ermessensentscheidungen zu. Denn bei solchen Entscheidungen kann nur die Begründung dem Staatsbürger einen Anhalt dafür geben, ob die Entscheidung auf einem Ermessensfehler beruht. Ferner ist in einem eventuellen verwaltungsgerichtlichen Verfahren die Nachprüfung, ob von dem Ermessen im Sinne des Gesetzes Gebrauch gemacht worden ist, nur möglich, wenn die von der Behörde angestellten Erwägungen aus der Entscheidung erkennbar sind⁴⁶⁾.

Die Begründung des Verwaltungsaktes dient somit neben der primären Sicherung der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, wie sie oben dargelegt wurde, der sekundären Sicherung durch den gerichtlichen Rechtsschutz, den Art. 19 Abs. 4 GG dem einzelnen garantiert⁴⁷⁾.

Beide Aufgaben kann die Begründung nur dann erfüllen, wenn sie die Tatsachen und Rechtsvorschriften angibt, auf

46) Feneberg DVBl 1965, 223;
Ule DVBl 1963, 477;
VGH Freiburg Urt v. 8.9.1958 VRspr. 11, 548 (550)

47) Ule DVBl 1963, 477;
Feneberg DVBl 1965, 223:
"Dies erfordert sowohl der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ... wie auch der Rechtsschutz des Betroffenen, der nur dann beurteilen kann, ob er ein Rechtsmittel ergreifen will oder nicht, wenn ihm die für die Behörde maßgebenden Erwägungen in sachlicher und rechtlicher Hinsicht bekanntgegeben werden."
Spanner: JZ 1970, 673:
"Eine unzureichende Begründung kann den Bürger sehr erheblich in der Wahrung seiner Interessen beeinträchtigen, da sie ihn zu überflüssigen Rechtsmitteln verleiten und an einer zeitgerechten Auseinandersetzung mit den behördlichen Argumenten hindern kann."

die der Verwaltungsakt gestützt ist⁴⁸⁾.

c) Umfang des Begründungszwanges

Der Begründungszwang hat allerdings von Fall zu Fall eine unterschiedliche Tragweite⁴⁹⁾. Die Wiederholung des Gesetzeswortlauts kann in der Regel nicht als Begründung eines Bescheides gelten⁵⁰⁾, es sei denn, daß darin lediglich eine kurze klammerartige Bezeichnung für eine Folge tatsächlicher Umstände liegt. Auch kann der Zwang zur Begründung überflüssig sein⁵¹⁾, weil dem Betroffenen die Auffassung der Behörde über die Sach- und Rechtslage bereits bekannt oder auch ohne schrift-

48) Ule-Becker S. 44, 45;

Feneberg DVBl 1965, 223;

dagegen jedoch Kratzer BayVBl 1965, 15 ff (16):

"Die rechtsstaatliche Ordnung scheint mir weiterhin überspitzt zu werden, wenn die Verfasser (Ule und Becker) empfehlen, daß bei einem schriftlich erlassenen oder schriftlich bestätigten Verwaltungsakt auch die für eine Ermessensentscheidung maßgeblichen Erwägungen anzugeben sind. Dadurch würde die Tätigkeit der Verwaltungsbehörden in vielen Fällen wohl unnötig kompliziert. Man denke nur an die Unmenge von Verwaltungsakten, die täglich von den Gemeindeverwaltungen erlassen werden. Wir wollen und können den biedereren Landbürgermeister nicht überfordern."

Ule (Verwaltungsreform S. 71) hat bereits darauf hingewiesen, daß dies gegenüber den verfassungsrechtlichen Bedenken kein durchschlagendes Argument sei. Es ist auch nicht einzusehen, weshalb man zwar nicht die Verwaltung, insbesondere den apostrophierten Landbürgermeister, wohl aber den Staatsbürger sollte überfordern dürfen.

49) EVwVerfG, Begründung S. 145:

"So werden die Versagung eines geltend gemachten Anspruchs oder eine belastende Verfügung in anderer Weise zu begründen sein als die Versagung eines Ermessensaktes, z.B. der Einbürgerung, für die ausschließlich das staatliche Interesse maßgeblich ist und die in die Nähe der Gnadenakte gerückt ist". Kritisch dazu Ule-Becker S. 44

vgl. zu den besonders strengen Anforderungen bei Ordnungswidrigkeiten NJW OLG Braunschweig MDR 1970, 350; Bay.OBLG MDR 1970,

50) OVG Lüneburg 10.4.1956 ZBR 1956, 220

OVG Lüneburg Urt v. 22.9.1955 Nr. IV A 15/55

51) Ule Verwaltungsreform S. 70

§ 30 Abs.2 Ziff.2 und 3 EVwVerfG Münchner Fassung

liche Begründung für ihn ohne weiteres erkennbar ist oder weil es sich um Formularbescheide⁵²⁾ handelt, die aus sich heraus verständlich sind. Auf die Bedenken, die selbst gegen diese Auflockerung des Begründungszwanges bestehen, weist Feneberg⁵³⁾ hin; die Gefahr ist nicht zu leugnen, daß die Behörden unter Berufung auf diese Ausnahmen die Begründung unterlassen und gerade damit Anlaß zu gerichtlichen Auseinandersetzungen geben. Aus Gründen des Rechtsschutzes ist auch in diesen Fällen, ebenso wie bei mündlich oder konkludent erlassenen Verwaltungsakten, die dem Begründungszwang zunächst nicht unterliegen⁵⁴⁾, eine Begründung jedenfalls auf Verlangen schriftlich zu erteilen. Dieser "verhaltene Anspruch", wie Menger ihn bezeichnet⁵⁵⁾, wird, soweit ein Vorverfahren der Klage vorangeht, auch durch den Erlaß eines Widerspruchsbescheides, der nach § 73 Abs. 2 VwGO zu begründen ist, erfüllt. Kommt die

52) Eine übertriebene Großzügigkeit gegenüber Formularbescheiden und mechanisch gefertigten Verwaltungsakten ist jedoch aus rechtsstaatlichen Gesichtspunkten nicht vertretbar. Unter der begrüßenswerten Automatisierung und Rationalisierung in der Verwaltung dürfen die verfassungsmäßigen Garantien nicht beeinträchtigt werden. Oft genug sind mechanisch gefertigte Verwaltungsakte eine kaum mehr enträtselbare Kombination von Schlüsselzahlen und Abkürzungen; es sei nur an die Erschließungsbeitragsbescheide zahlreicher Großstädte oder an die Bescheide der zentralen Zulassungsstelle zum Hochschulstudium in Hamburg erinnert. (Vgl. dazu BayerVG München B.v.10.6.1970 Nr. 3172/70)

53) Feneberg DVBl 1965, 223:
"In der Praxis wird die Frage, ob diese Voraussetzungen gegeben sind, immer wieder zu erheblichen Meinungsverschiedenheiten führen und der Nachweis größte Schwierigkeiten bereiten, ob und in welchem Umfang dem Betroffenen die Auffassung der Behörde über die Sach- und Rechtslage bereits bekannt gewesen ist."

54) Menger JZ 1955, 556

55) Menger VerwArch 56, 180

Behörde dem Verlangen des Betroffenen nach einem mit Gründen versehenen Bescheid in den Fällen, in denen kein Widerspruchsverfahren stattfindet (§ 68 Abs. 1 Satz 2 insbes. Ziff.1 VwGO) nicht nach oder erläßt sie keinen Widerspruchsbescheid, so ist der Verwaltungsakt allein deshalb rechtswidrig⁵⁶⁾.

Die Pflicht zur Begründung ergibt sich damit bereits aus verfassungsrechtlichen Gründen. Auf ihre ausdrückliche gesetzliche Fixierung im Einzelfall, die mehr von Zufälligkeiten⁵⁷⁾, als von einer echten rechtsstaatlichen Wertung abhängt⁵⁸⁾, kommt es daher nicht an.

56) Feneberg DVBl 1965, 223:

"Die Begründung muß heute grundsätzlich als gesetzlich gefordert gelten. Fehlt eine Begründung durch die Behörde oder kann der Begründung in Wirklichkeit nichts Maßgebendes entnommen werden, so ist der Verwaltungsakt rechtswidrig."

57) Die sog. Ministerialbürokratie, auf deren Arbeit die meisten Gesetzesentwürfe zurückzuführen sind, zeigt in der Regel besonders wenig Neigung, ihre Gründe sofort aufzudecken (vgl. Einbürgerungsangelegenheiten oder Vollzug des BFStrG); auch im Bereich der Legislative selbst wird der Hinweis, daß eine Begründungspflicht u.U. zu einer Arbeiterschwernis und damit zu einer Verzögerung des Verwaltungsverfahrens führen könnte, seine Wirkung nicht verfehlen. Was der fundamentalen Sicherung des Rechtsstaates dienen soll, wird heute nur allzu gerne als überspitzte Forderung unverbesserlicher Positivisten hingestellt.

58) Während z.B. für die Erteilung einer Baugenehmigung nach Art 91 BayBO wenigstens die Schriftform vorgesehen ist, fehlt eine entsprechende Bestimmung z.B. hinsichtlich des ablehnenden Bescheides oder einer eventuellen Beseitigungsanordnung. Es ist aber nicht zu bestreiten, daß gerade die letztgenannten Fälle den Staatsbürger in besonderem Maße belasten; ähnlich auch Art 80 BayWG; selbst für das Enteignungsverfahren fehlt es in der Regel an ausdrücklichen Vorschriften, die eine Begründung vorsehen.

d) Das Problem des Begründungszwanges in der
Rechtsprechung des BVerfG und BVerwG.

Im Gegensatz zu der hier vertretenen und wie gezeigt, in der Literatur vorherrschenden Meinung hält das Bundesverwaltungsgericht in seinen Entscheidungen vom 24.9.1953⁵⁹⁾ und 13.1.1955⁶⁰⁾ eine Begründung nur für geboten, wenn sie gesetzlich ausdrücklich vorgeschrieben ist. Daß dies nur gelegentliche obiter dicta gewesen wären, wie Forsthoff⁶¹⁾ annimmt, trifft nicht zu. Die beiden Urteile waren mit ihrer Argumentation grundlegend für die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes zum Nachschieben von Gründen, die keineswegs als "überholt" bezeichnet werden kann. Mit Rücksicht auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes vom 16.1.1957⁶²⁾ betonte das BVerwG später zwar immer⁶³⁾, daß ein Verwaltungsakt begründet werden müsse, es hat daraus aber keine weiteren Folgerungen (insbesondere für das Problem des Nachschiebens von Gründen) gezogen. Das Bundesverfassungsgericht hatte im Grunde allerdings selbst nur ein Lippenbekenntnis abgelegt und dem Begründungszwang für belastende Verwaltungsakte seine eigentliche Bedeutung genommen, als es einschränkend erklärte, die Verwaltungsbehörde könne ihre Gründe auch noch im gerichtlichen Verfahren bekanntgeben. So interpretiert das Bundesverwaltungsgericht den Begründungszwang dahin, daß dem Staatsbürger die seinen Fall betreffende Auffassung der Verwaltung über die Sach- und Rechtslage nicht unbekannt geblieben sein dürfe⁶⁴⁾.

-
-) BVerwGE 1, 12
 -) BVerwGE 1, 311
 -) Lehrbuch S. 230 insbes. Fußnote 6
 -) BVerfGE 6, 32 (44)
 -) BVerwGUrt v. 7.11.1958 BRspr 11, 879
 - " " 29. 5.1957 BVerwGE 5, 95
 - " " 15. 4.1959 " 8, 234
 -) BVerwGUrt v. 4.12.1959 BVerwGE 10, 37 (43)
 - " " 17.12.1959 " 10, 75 (78)
 - " " 14.10.1965 " 12, 215 (218)

Ähnlich zurückhaltend ist die Einstellung des Bundesverwaltungsgerichtes zur Begründungspflicht bei Ermessensentscheidungen⁶⁵⁾. Das Gericht erkennt zwar das Interesse des Staatsbürgers an der Begründung an, weil er nur so in die Lage versetzt werde, eine verfahrenswidrig zustande gekommene oder auf in Wirklichkeit nicht vorhandene Tatsachen oder auf verfassungswidrigen Erwägungen beruhende Entscheidungen angreifen zu können. Es erklärt aber, "ein Zwang zur Offenbarung der die Entscheidung tragenden Erwägungen" wäre dafür nicht das geeignete Mittel⁶⁶⁾.

Das ist eine Behauptung, die sich, wie Ule darlegt⁶⁷⁾, nicht beweisen läßt und die das BVerwG in dieser Allgemeinheit offensichtlich auch nicht mehr aufrecht erhält. Im Urteil vom 14.10.1965⁶⁸⁾ führt es aus:

"Es kann auch genügen, daß die Verwaltung wesentliche Gründe erst im verwaltungsgerichtlichen Verfahren angibt (vgl. BVerwGE 10, 37/44). Dies ist grundsätzlich auch für Ermessensentscheidungen anerkannt (vgl. BVerwGE 8, 46/54 und 234/238). Dabei braucht die Verwaltung - in ihren Bescheiden oder vor oder nach deren Erlass - nur die ihre Entscheidung maßgebend tragenden Erwägungen bekanntzugeben; sie muß sich nicht ausdrücklich mit allen in Betracht kommenden Umständen und Einzelüberlegungen auseinandersetzen. In manchen Fällen entspricht es nicht einmal der gesetzlichen Regelung oder widerspricht ihr sogar, sämtliche behördlichen Erwägungen bis in alle Einzelheiten zu offenbaren (vgl. BVerwGE 12, 20/25, 19, 232/236, 20, 160/166).

65) vgl. hierzu zusammenfassend Ule DVBl 1963, 477 insbes. Fußn. 13

66) BVerwGE 12, 20 (25)

67) Ule DVBl 1963, 477;
Ule-Becker S. 46

68) BVerwGE 22, 215, 218

B. Das Nachschieben von Gründen als Heilung
der Verstöße gegen rechtl. Gehör und Be-
gründungszwang

Hat der Verstoß gegen die genannten Verfahrensgrundsätze des rechtlichen Gehörs und des Begründungszwanges die Rechtswidrigkeit des behördlichen Handelns zur Folge, so müßte dies, da verfassungsmäßig verbürgte Rechte des Staatsbürgers inmitten stehen, dazu führen, daß die Behörde⁶⁹⁾ im Rechtsstreit unterliegt. Diese Folgerung wird tatsächlich dort gezogen, wo sich die Behörde nicht einmal im Rechtsstreit bereit findet, den Verwaltungsakt ausreichend zu begründen⁷⁰⁾.

Offenbart aber die Behörde wenigstens im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ihre Gründe, so hat die Rechtswidrigkeit nicht ohne weiteres zur Folge, daß der Verwaltungsakt aufgehoben werden müßte⁷¹⁾. Dies hängt vielmehr nach der

69) bzw. die Körperschaft, gegen die sich die Klage richtet (§ 78 Abs. 1 Ziff. 1 VwGO).

70) VGH Freiburg Urt v. 8.9.1958 VRspr. 11, 548 (550).

Es bliebe zu erwägen, ob das Gericht von sich aus die nötigen Ermittlungen anstellen muß. Die Befugnis, Verfahrensfehler zu heilen, kann jedoch - wenn überhaupt - nur der Behörde zustehen; es handelt sich um eine Tätigkeit, die im gewaltenteiligen Staat funktionell der zweiten Gewalt vorbehalten ist. Das wird deutlich, wenn das Verwaltungsverfahren die Beteiligung anderer Stellen vorschreibt und diese unterblieben ist. Das Gericht kann nicht an Stelle dieser zu beteiligenden anderen Behörden seine eigene Entscheidung setzen; es kann allenfalls, was Groschupf (DVBl. 1962, 629) z.B. für zulässig hält, die Äußerung dieser Behörden im Amtswege einholen. Nicht aber darf das Gericht, wenn die Behörde sich weigert, sachliche und rechtliche Gründe zu nennen, diese von sich aus unterstellen, wie Schüle (SJZ 1948, 156) annimmt.

71) BVerwG Urt v. 29.3.1966 BVerwGE 24, 32:

"Jedoch kann auch hier zugunsten der Kläger davon ausgegangen werden, daß der Verwaltungsakt gegen das Verfahrensrecht verstößt und deshalb rechtswidrig ist. Denn hieraus folgt noch nicht ohne weiteres, daß er im Verwaltungsprozeß aufgehoben werden muß."

ebenso VGH Freiburg wie Anm. 70

Rechtsprechung des BVerwG⁷²⁾ vom Zweck der verletzten Verwaltungsverfahrensvorschrift und davon ab, ob der im Verwaltungsverfahren unterlaufene Verfahrensverstöß einen durch das gerichtliche Verfahren nicht mehr korrigierbaren Einfluß auf den angefochtenen Verwaltungsakt haben konnte.

Der Zweck des Begründungszwanges und die Notwendigkeit rechtlichen Behörs sowie deren Schutzfunktion für den Betroffenen wurden bereits dargelegt. Es bleibt letztlich zu prüfen, wieweit diese Fehler mit der Folge korrigiert werden können, daß eine Beeinträchtigung der Rechte des Klagers entfällt. Die Rechtsprechung erweist sich in dieser Beziehung als ungewöhnlich großzügig. Jedenfalls seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 16.1.1957⁷³⁾ begnügt sie sich zumeist mit der pauschalen Feststellung, die Behörde könne ihre Gründe auch im gerichtlichen Verfahren angeben⁷⁴⁾ oder das rechtliche Gehör noch in der übergeordneten Instanz gewähren.

72) BVerwG Urt v. 29.3.1966 BVerwGE 24, 32

BVerwG Urt v. 13.7.1967 BVerwGE 27, 299:

Die rechtliche Bedeutung eines Verstoßes gegen Vorschriften über das Verwaltungsverfahren und gleichzeitig damit auch die Bedeutung, die ihm für die rechtliche Beurteilung des auf ihm beruhenden Verwaltungsaktes beizumessen ist, ist aus dem der Verfahrensvorschrift zugedachten Zweck, insbesondere aus ihrer Schutzfunktion für den Betroffenen herzuleiten. Das muß selbstverständlich auch für ungeschriebene, aber verfassungsrechtlich begründete Verfahrensgrundsätze gelten.

Ebenso BVerwG Urt v. 25.10.1968 BVerwGE 30, 344, 346

BVerfGE 6, 32, 44: Das Bundesverfassungsgericht kann von der Aufhebung der Entscheidung der Paßbehörde aus diesem Gesichtspunkt (fehlende Begründung) nur absehen, weil die Behörde im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ihre Gründe bekanntgegeben hat, der Beschwerdeführer zu ihnen Stellung nehmen konnte und die Entscheidung sich im Ergebnis als gerechtfertigt erwiesen hat.

73) BVerfGE 6, 32 (44)

74) BVerwG Urt v. 4.12.1959 BVerwGE 10, 43

Beschränkungen dieses Grundsatzes werden nur unter dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung erörtert. Im Urteil vom 1.10.1963⁷⁵⁾ führt das Bundesverwaltungsgericht für Ermessensentscheidungen z.B. aus, die fehlende Anhörung im Verwaltungsverfahren könne auch durch den anschließenden Prozeß in aller Regel nicht nachgeholt und damit der Mangel geheilt werden, weil zwar das Gericht der Behörde die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit ihres Verwaltungsaktes, nicht aber die im Ermessenswege zu treffende Prüfung der Zweckmäßigkeit abnehmen könne.

So gelangt das Bundesverwaltungsgericht zu höchst unterschiedlichen Ergebnissen, je nachdem, ob im Einzelfall der Gesichtspunkt der Gewaltenteilung gerade ins Auge springt oder nicht. Ein Vergleich des eben zitierten Urteils mit den Entscheidungen vom 14.10.1965⁷⁶⁾ und 29.3.1966⁷⁷⁾ beweist dies zur Genüge.

Befriedigende Ergebnisse lassen sich nur erzielen, wenn im Hinblick auf jede der oben herausgestellten Schutzfunktionen des Begründungszwanges und des rechtlichen Gehörs einzeln geprüft wird, wieweit der Schutzzweck nachträglich in anderer Weise so verwirklicht wird, daß kein nennenswerter Nachteil zurückbleibt.

75) BVerwG DVBl 1965, 29

76) BVerwGE 22, 215, 218:

"Es kann auch genügen, daß die Verwaltung wesentliche Gründe erst im verwaltungsgerichtlichen Verfahren angibt. Dies ist grundsätzlich auch für Ermessensentscheidungen anerkannt."

77) ebenso, allerdings nicht ausdrücklich auf den Gesichtspunkt der Gewaltenteilung sich beziehend
BVerwGE 24, 32:

"Hätte die Entscheidung ... im Ermessen der Verwaltungsbehörde gestanden oder hätte die Verwaltungsbehörde bei der Anwendung dieser Rechtsbegriffe einen Beurteilungsspielraum gehabt, dann wäre eine "Heilung" des Verfahrensmangels durch die mündliche Verhandlung im Verwaltungsprozeß allerdings nicht möglich."

I. Heilungsmöglichkeit des Mangels der Begründung im Hinblick auf die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG.

Soll die Begründung des Verwaltungsaktes dem Betroffenen mit Rücksicht auf seine in Art. 19 Abs. 4 GG verbürgten Rechte Klarheit verschaffen, ob er Rechtsmittel einlegen oder Klage erheben will, so muß er die für die Entscheidung der Verwaltungsbehörde maßgeblichen Gründe jedenfalls in dem Zeitpunkt erfahren, in dem er vor der Frage steht, ob er den Rechtsweg beschreiten wird⁷⁸⁾, also spätestens mit dem Abschluß des Verwaltungsverfahrens.

Die Ansicht des Bundesverfassungsgerichtes, die Begründung des Verwaltungsaktes könne im gerichtlichen Verfahren nachgeholt werden, ist nur haltbar, wenn die Garantie des Art. 19 Abs. 4 GG entweder in einem engeren Sinne verstanden oder gegenüber anderen Grundsätzen zurückgestellt wird.

Weder das Bundesverfassungsgericht noch das Bundesverwaltungsgericht haben sich bisher offen zu einer restriktiven Auslegung der Rechtsweggarantie -etwa, daß Art. 19 Abs. 4 GG nur die Möglichkeit garantiere, überhaupt, ohne Rücksicht auf das damit verbundene Risiko, den Rechtsweg beschreiten zu können - bekannt.

Maßgebend waren - wie aus der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes ohne weiteres ersichtlich - in erster Linie Überlegungen der Prozeßökonomie. Betrachtet man die Frage des Begründungszwanges - von allen anderen rechtsstaatlichen Gründen abgesehen - allein unter dem Gesichtspunkt des Art. 19 Abs. 4 GG, so ist eine derartige Abwägung sachgerecht. Es wäre unökonomisch, den Verwaltungsakt aufzuheben, damit er alsbald - nunmehr mit Begründung - wieder erlassen wird und der Kläger dann erst einmal prüfen kann, ob er Klage erheben will. Es ist dem Rechtsfrieden dienlicher, wenn der Prozeß eine sachliche Entscheidung

78) Ule DVBl 1963, 477

trifft und das Verschulden der Behörde an einem möglicherweise überflüssigen Klageverfahren bei der Kostenverteilung berücksichtigt wird. Denn der Kläger ist - von einem gewissen Zeitgewinn abgesehen - nicht daran interessiert, daß der Verwaltungsakt formell ordnungsgemäß wiederholt wird, sondern daß die Behörde nochmals sachgerecht prüft. Ein Urteil würde nichts darüber besagen, ob der angefochtene Verwaltungsakt richtig zustande gekommen, sondern ob er nach außen hin richtig in Erscheinung getreten ist.

II. Heilung von Verstößen gegen Begründungszwang im Hinblick auf den Grundsatz des rechtlichen Gehörs.

Schon dies erhellt, daß die Heilung von Verstößen gegen Verfahrensgrundsätze, die dem rechtmäßigen Zustandekommen des Verwaltungsaktes dienen, nach anderen Gesichtspunkten zu beurteilen ist.

1) Heilungsmöglichkeit innerhalb des Verwaltungsverfahrens

Die Heilung eines Mangels an rechtlichem Gehör ist im Prozeßrecht grundsätzlich anerkannt. Sie ist dort möglich, wo der Mangel in einer weiteren gerichtlichen Instanz⁷⁹⁾ des gleichen Rechtsweges behoben werden kann.

Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb dies nicht auch für das Verwaltungsverfahren gelten soll, das in den verschiedenen Verwaltungsinstanzen als eine Einheit zu betrachten ist. Soweit nichts anderes ausdrücklich bestimmt ist, reicht es aus, wenn der Betroffene im Widerspruchsverfahren von den für die Entscheidung wesentlichen Tatsachen Kenntnis erhält und sich dazu äußern kann⁸⁰⁾.

79) BVerfG B. v. 25.5.1956 BVerfGE 5, 22 VRspr 8, 645

80) BadWürttVGH Urt v. 6.11.1961 ESVGH 11, 166
a.A. HessVGH Urt v. 2.11.1961 ESVGH 12, 134

Das Nachschieben von Gründen während des Verwaltungsverfahrens insbesondere im Widerspruchsverfahren ist daher in der Regel⁸¹⁾ unbedenklich. Die sachliche Zuständigkeit geht mit der Einlegung des Rechtsbehelfs in vollem Umfange auf die Widerspruchsbehörde über; diese hat den Verwaltungsakt nach der tatsächlichen und der rechtlichen Seite zu überprüfen und kann selbstverständlich eine von der unteren Behörde gegebene unrichtige Begründung des Verwaltungsaktes gegen die zutreffende auswechseln oder aber in einer anderen Weise Gründe nachschieben⁸²⁾.

-
- 81) einschränkend allerdings BVerwG Urt v. 13.12.1963 BVerwGE 17, 284:
zur Anhörung nach § 35 Abs. 2 SchwBG:
"Es kann also offenbleiben, ob Fälle immerhin denkbar sind, in denen eine Nachholung der Anhörung im Widerspruchsverfahren genügen würde"
(vgl. dazu aber BVerwG Urt v. 29.11.1961 DVBl 1962, 308)
ähnlich auch BVerwG Urt v. 1.3.1967 BayVBl 1967, 316 hinsichtlich des Vorliegens einer rechtsgültigen Erschließungsbeitragssatzung bei Erlaß des Beitragsbescheides, sowie BayerVGh Urt v. 27.5.1968, BayVBl 1968, 407:
"Im Zeitpunkt der Zustellung eines Erschließungsbeitragsbescheides müssen alle Voraussetzungen für einen Erlaß gegeben sein, mag es sich um das Vorliegen einer rechtsgültigen Erschließungsbeitragssatzung der Gemeinde nach § 132 BBauG, um den Beschluß des Gemeinderats über die Festsetzung eines Abrechnungsgebietes im Sinn des § 130 Abs. 2 Satz 2 BBauG oder um eine der in den §§ 133, 134 festgelegten Voraussetzungen handeln. Fehlt es an einer dieser Voraussetzungen, so ist der Beitragsbescheid fehlerhaft und auf Klage des Betroffenen aufzuheben. Eine nachträgliche Heilung eines solchen Mangels ist ausgeschlossen.
- 82) Ruckriegel, Die Polizei 1960, 307;
Schütz MDR 1954, 459:
"Im Verwaltungszuge kommt ihnen (den Begriffen des Nachschiebens, der Berichtigung und Konversion) wegen des grundsätzlich formell und materiell unbeschränkten Änderungsrechts der Einspruchs- bzw. Beschwerdebehörde keine rechtserhebliche Bedeutung zu".
OVG Münster B.v. 21.9.1950 OVG 1, 56;
Urt v. 13.3.1951 OVG 5, 23
OVG Lüneburg Urt v. 11.7.1952 OVG 6, 309

2) Keine Heilungsmöglichkeit im verwaltungsgerichtlichen
Verfahren

Das Bundesverwaltungsgericht nimmt eine Heilungsmöglichkeit des Mangels rechtlichen Gehörs im Verwaltungsverfahren darüber hinaus auch insoweit an, als das Verwaltungsgericht den Fehler in der mündlichen Verhandlung wieder gut macht⁸³⁾. Davon geht es insbesondere auch immer dann aus, wenn es das Nachschieben von Gründen für zulässig erklärt, soweit der Verwaltungsakt nicht in seinem Wesen geändert und der Kläger nicht in seiner Rechtsverteidigung beeinträchtigt wird⁸⁴⁾. Darin zeigt sich ein tiefes Mißverständnis des Verwaltungsprozesses, der immer noch als eine Form verwaltungsinterner Kontrolle der Behördentätigkeit verstanden wird⁸⁵⁾. Verwaltung und Verwaltungsstreitverfahren bilden heute kein einheitliches Verfahren mehr und enthalten keinen kontinuierlichen Instanzenzug, nur innerhalb dessen nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes eine Heilung des Mangels möglich erscheint. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit ist in ihrer jetzigen Gestaltung nicht nur organisatorisch von der praktischen Verwaltung streng getrennt, sondern auch funktionell von dieser verschieden. Sie ist nicht eine Fortsetzung der Verwaltung mit anderen Mitteln, sondern Rechtsprechung im gleichen Sinne wie die sog. ordentliche Gerichtsbarkeit⁸⁶⁾.

83) BVerwG Urt v. 8.11.1957 DVBl 1958, 174;
"Diese Begründung ... wäre nur dann unbedenklich, wenn sie der Beklagte ... spätestens in der letzten Tatsacheninstanz nachgeschoben und der Kläger Gelegenheit zu einer Stellungnahme gehabt hätte."
Ebenso BVerwGE 22, 215

84) BVerwG Urt v. 28.4.1966 DÖV 1967, 63;
Urt v. 2.4.1968 DVBl 1968, 428
beide Entscheidungen mit weiteren Nachweisen

85) Henke S. 121 f

86) Zschacke NJW 1958, 1421

Rechtsmittelbehörden über die Verwaltungsbehörden könnten, wie Bettermann⁸⁷⁾ ausführt, die Verwaltungsgerichte nur sein, wenn sie die gleiche Funktion hätten wie diese. Nur wenn die Entscheidungen der Gerichte denselben Charakter wie die angegriffenen Entscheidungen haben, können sie an die Stelle derjenigen der Verwaltungsbehörden treten. Mit der wesensmäßigen Ungleichheit der Funktionen entfällt die Möglichkeit eines einheitlichen Instanzenzuges und Verfahrens zwischen Verwaltungsbehörde und Verwaltungsgericht.

Mayer⁸⁸⁾ führt aus, das Fehlen der Anhörung des Betroffenen im Verwaltungsverfahren müsse auch bei Nachholung im gerichtlichen Verfahren immer dann noch als Rechtsverletzung angesehen werden, wenn nicht auszuschließen ist, daß die Verwaltungsbehörde von ihrem Ermessen einen anderen Gebrauch gemacht hätte.

Gegen einen derartigen Erheblichkeitsnachweis, wie ihn auch § 36 EVwVerfG 1963 vorsieht, hat insbesondere Ossenbühl⁸⁹⁾ eingewandt, daß er in vielen Fällen schwer oder gar nicht wird erbracht werden können. Dagegen spricht ferner ein Vergleich mit dem gerichtlichen Instanzenzug; weil die Heilung des rechtlichen Gehörs in der Revisionsinstanz nicht mehr in vollem Umfange möglich ist, bildet dort die Versagung des rechtlichen Gehörs einen unbedingten (absoluten) Revisionsgrund (§ 138 Ziff. 3 VwGO). Kann die Gewährung rechtlichen Gehörs im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, wegen der funktionellen Verschiedenheit beider Verfahren, den im Verwaltungsverfahren unterlaufenen Fehler nicht mehr gänzlich beseitigen, so muß

87) DVBl 1953, 203 und ebenso DVBl 1959, 309

88) Mayer BayVBl 1960, 337

89) Ossenbühl DÖV 1964, 516
ebenso Feneberg: DVBl 1965, 180
"Die Aufnahme entsprechender Bestimmungen in das Verwaltungsverfahrensgesetz würde die Folgen eines Verstoßes gegen die Anhörungspflicht auf ein Mindestmaß beschränken.
Ule, Verwaltungsreform S. 72;
Ule - Becker S. 53
einschränkend Spanner JZ 1970, 673

das gleiche gelten, wie im Revisionsverfahren. Menger⁹⁰⁾ hat ohnehin auf gewisse Parallelen des erstinstanzlichen Anfechtungsverfahrens zum Revisionsverfahren der Zivilprozeßordnung hingewiesen. Auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren muß daher vermutet werden, daß die Gewährung rechtlichen Gehörs im Verwaltungsverfahren möglicherweise zu einer anderen Entscheidung geführt hätte.

Das Bundesverwaltungsgericht findet sich nur sehr zögernd und wiederum nur beschränkt auf Ermessensentscheidungen⁹¹⁾ bereit, dies anzuerkennen. Es erachtet auch in vergleichbaren Einzelfällen unterbliebener Mitwirkung anderer Behörden⁹²⁾ den Fehler als nicht heilbar, kann sich jedoch nicht dazu durchringen, diese Folgerung auch hinsichtlich der Frage des Nachschiebens von Gründen zu ziehen.

3) Heilungsmöglichkeit im Hinblick auf die Bedeutung des Begründungszwanges für die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung

Auch unter dem Gesichtspunkte der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung läßt sich eine Heilbarkeit des Mangels der Begründung nicht rechtfertigen. Die Möglichkeit jederzeitiger

90) Menger System S. 136, 137

91) BVerwG Urt v. 7.5.1957 BVerwGE 5, 50
BVerwG Urt v. 12.6.1958 BVerwGE 7, 101
BVerwG Urt v. 1.10.63 DVBl 1965, 26 (29) "Insoferne liegt es hier anders, als wenn einer Partei in einer unteren Instanz im Prozeß das rechtliche Gehör in Bezug auf Tatsachen und Beweismittel nicht gewährt worden ist."

vgl. auch BayOBLG B. v. 5.1.1965, BayVBl 1965, 139

92) BVerwG Urt v. 8.7.1959 BVerwGE 9, 69
" " " 27.4.1961 VRs 14 Nr. 12
" " " 29.11.61 DVBl 1962, 308
" " " 13.12.63 BVerwGE 17, 279
" " " 25.10.1968 BVerwGE 30, 346
" " " 4.11.1960 BVerwGE 11, 206
" " " 8.2.1967 BVerwGE 26, 145

Heilung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, von der die Rechtsprechung zum Nachschieben von Gründen ausgeht, wäre nur anzuerkennen, soweit die Motivation der Behörde im gerichtlichen Verfahren dieselbe wäre wie im Verwaltungsverfahren; das ist sie nicht, "denn die Behörde bietet naturgemäß alles auf, um die Verfügung zu halten"⁹³⁾. Während sie im Verwaltungsverfahren "nicht als angegriffene Partei tätig wird, sondern vielmehr noch die Herrschaft über das Verfahren, mit dem sie ihr eigenes Handeln kontrolliert, besitzt, ist sie im Verwaltungsprozeß in die Rolle des Beklagten versetzt und wird - dieser Parteirolle entsprechend - stets versucht sein, dem Klageanspruch zu begegnen"⁹⁴⁾. Jedenfalls für Ermessensentscheidungen wird dies in der Rechtsprechung anerkannt.⁹⁵⁾ Aber auch für gebundene Entscheidungen deuten einige Urteile des Bundesverwaltungsgerichts⁹⁶⁾ in diese Richtung. Ule⁹⁷⁾ lehnt ebenfalls eine Heilungsmöglichkeit von Verfahrensfehlern ab, weil die Beachtung der rechtsstaatlichen Verfahrensgrundsätze nur dann gesichert werden kann, wenn der verfahrensfehlerhaft zustandegewordene Verwaltungsakt nichtig oder vernichtbar sei. Deshalb müsse nicht nur bei Ermessensentscheidungen, sondern auch bei rechtlich gebundenen Entscheidungen die Anfechtungsklage allein auf einen Verfahrensfehler gestützt werden können.

93) Jellinek Gesetz S. 213

94) Menger VerwArch 1963, 403

95) BVerwG Urt v. BVerwGE 11, 205;
Urt v. 4.11.1965

96) BVerwG Urt v. 8.7.59 BVerwGE 9, 69
" " " 28.8.64 " 19, 216
" " " 25.10.68 " 30, 346

97) Ule, Verwaltungsreform S. 73
ebenso Ossenbühl DÖV 1964, 515

Begrifflich ist es kaum möglich, eine Verfahrenshandlung , die das rechtmäßige Zustandekommen eines Verwaltungsaktes sichern soll, nachzuholen, nachdem der Verwaltungsakt erlassen ist. Die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung kann nur dadurch hergestellt werden, daß das Gericht den fehlerhaften Akt aufhebt und so die Verwaltung Gelegenheit erhält, sich unter Beachtung des dafür maßgeblichen Verfahrensrechtes erneut mit der Sache zu befassen⁹⁸⁾.

Dagegen mag eingewandt werden, es sei unökonomisch, einen Verwaltungsakt aufzuheben, von dem zu erwarten ist, daß er alsbald in derselben Form wieder erlassen wird. Der Einwand ist gegen zwei andere Überlegungen abzuwägen.

Zum einen zeigt die Erfahrung, daß die Verwaltung in den Fällen, in denen sie durch eine gerichtliche Entscheidung gezwungen wurde, erneut in die sachliche Prüfung einzutreten, nicht nur darauf bedacht ist, den einmal ausgesprochenen Befehl unbedingt durchzusetzen. Ist das gerichtliche Verfahren einmal beendet, so gibt es für die Behörde insofern nichts mehr zu gewinnen. Im Gegenteil, die wegen eines Verfahrens- oder Formfehlers einmal unterlegene Behörde wird jede Sorgfalt aufwenden und in der Regel eher auf die Wiederholung des Verwaltungsaktes verzichten als eine zweite Niederlage hinnehmen zu müssen. Eine strenge Rechtsprechung besitzt auf die Dauer zweifellos erzieherische Wirkung⁹⁹⁾. Der Einwand, daß dies zu einer gewissen Mehrbelastung der Behörde führt, verfängt nicht. In der Mehrzahl der Fälle hätte die Verwaltung wenigstens noch im Widerspruchsverfahren Gelegenheit gehabt, das Versäumte nachzuholen.

Läßt man zum andern aus Gründen der Prozeßökonomie eine Heilung von Verfahrensmängeln auch noch im gerichtlichen Verfahren zu, so verlieren die aufgezeigten verfassungsmäßig

98) Kopp VerwArch 1970, 222;
BVerwGE 9, 69; 17, 279; 27, 300; 30, 344

99) Kopp VerwArch 1970, 226

begründeten Grundsätze des Verwaltungsverfahrensrechtes ihre Bedeutung. Insbesondere Ossenbühl¹⁰⁰⁾ weist darauf hin, daß der tiefere Sinn von Verfahrensvorschriften vereitelt werde, wenn ihre ständige Verletzung ohne Sanktion bleibe. Was an rechtsstaatlichen Garantien im Verwaltungsverfahren nicht oder nicht ausreichend geboten wird, muß im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ausgeglichen werden und führt zu einer Mehrbelastung der Gerichtsbarkeit. "Erkennt man diese Abhängigkeit von Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsbarkeit an, so erhebt sich die Frage, ob der Schwerpunkt der rechtsstaatlichen Sicherungen einseitig auf der Seite der Verwaltungsgerichtsbarkeit liegen soll oder ob in dieser Hinsicht nicht ein Ausgleich zwischen Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsbarkeit herbeizuführen ist. Der Rechtsstaat fordert nicht nur den Rechtsschutz durch unabhängige Verwaltungsgerichte, sondern auch schon ein an seinen Grundsätzen ausgerichtetes Verwaltungsverfahren" ¹⁰¹⁾.

Unter diesem Gesichtspunkt sprechen auch Gründe der Prozeßökonomie, die immer wieder ins Feld geführt wird¹⁰²⁾, nicht für ein Nachschieben von Gründen im gerichtlichen Verfahren. Es muß nochmals betont werden, daß sich eine abschließende Antwort auf die Frage des Nachschiebens von Gründen immer nur unter Berücksichtigung a l l e r hier dargelegten Argumente finden läßt. Schiebt z.B. eine Behörde im gerichtlichen Verfahren Gründe nach, die nachweislich

100) DÖV 1964, 516
ebenso Fellner DVBl 1953, 484
und Ule Verwaltungsreform S. 71 für den Musterentwurf:
"Ein Verwaltungsverfahrensgesetz, dessen Vorschriften von den Behörden, die es anzuwenden haben, verletzt werden kann, ohne daß die in einem solchen fehlerhaften Verfahren zustande gekommenen Verwaltungsakte deshalb nichtig oder vernichtbar sind, ist nicht geeignet, die Beachtung der rechtsstaatlichen Verfahrensgrundsätze zu sichern".

101) Ule DVBl 1957, 601
ebenso Kopp BayVBl 1969, 272 m.w.Nachweisen

102) Vgl. Tschira-Schmitt Glaeser S. 226
sowie (sehr im Gegensatz zu seiner sonst vertretenen Ansicht)
Ule § 108 Anm. IV 1

bereits für den Erlass des Verwaltungsaktes maßgeblich waren (sog. latente Gründe), so ist nicht anzunehmen, daß sie bei Beachtung des Begründungszwanges anders entschieden hätte. Im Hinblick auf die Versagung des rechtlichen Gehörs ist der Fehler mangelnder Begründung dennoch relevant¹⁰³⁾. Die Rechtsprechung nimmt eine derart zusammenfassende Würdigung nicht vor, sondern betont mehr oder weniger zufällig den einen oder anderen Schutzzweck der Begründungspflicht.

¹⁰³⁾ In der Rechtsprechung findet dieser Gesichtspunkt nur deshalb keine Anerkennung, weil der Mangel rechtlichen Gehörs im verwaltungsgerichtlichen Verfahren soll geheilt werden können.

2. Kapitel: Das Nachschieben von Gründen als Problem des Verwaltungsprozeßrechtes

Die Gegensätzlichkeit der soeben dargelegten und der in der Rechtsprechung vorherrschenden Ansicht tritt klar zutage. Sie erfordert eine Auseinandersetzung mit den Argumenten, die bisher vor allem aus prozeßrechtlicher Sicht für die Zulässigkeit des Nachschiebens von Gründen angeführt wurden. Dabei muß jedoch der durch das Grundgesetz veränderten Stellung des Bürgers im Gerichtsverfahren und dem Funktionswechsel der Gerichtsbarkeit, die durch Art. 19 Abs. 4 GG evident werden, Rechnung getragen werden.

Das Verfassungsrecht ist gleichsam der gemeinsame Nenner, der ein Abwägen der divergierenden Meinungen ermöglicht.

So hängt die Zulässigkeit des Nachschiebens von Gründen wesentlich davon ab, in welchem Verhältnis Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit zueinander stehen; die Frage muß sich verschieden beantworten, je nachdem ob das Gericht noch Funktionen der Selbstprüfung der Verwaltung ausübt oder - im Sinne der Gewaltenteilung - echte Kontrolle der Exekutive darstellt. In diesem Punkte ist mit der Einführung der Generalklausel und unter dem Einfluß der verfassungsmäßig verankerten Rechtsweggarantie (Art. 19 Abs. 4 GG) ein wesentlicher Wandel eingetreten. Die scharfe Ablehnung jeglichen Nachschiebens rechtlicher oder tatsächlicher Gründe in der ersten Nachkriegszeit¹⁾ ist nicht zuletzt darauf zurückzuführen.

1) vgl. die oben I. Teil 2. Kap. A II 1 angegebene Rechtsprechung
ferner Hufnagl DV 1949, 60 ff
Schüle NJW 1947, 48
van Husen Anm. 2 zu § 45 VGG

A. Untersuchungsgrundsatz und Nachschieben von Gründen
durch das Gericht

Die Berechtigung des Gerichts, den angefochtenen Verwaltungsakt auf eine andere als die in ihm angegebene Rechtsgrundlage²⁾ zu stellen oder zur Ausfüllung der Tatbestandsmerkmale der angezogenen gesetzlichen Grundlage Tatsachen zu ermitteln, wird überwiegend³⁾ aus dem Untersuchungsgrundsatz (§§ 86 VWGO, 76 FGO) abgeleitet. Ziemer Birkholz⁴⁾ folgern daraus sogar die Zulässigkeit des Nachschiebens durch die Parteien; das Gericht müsse alle ihm bekannt werdenden tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte - also auch solche, die ihm durch den Vortrag der Parteien bekannt würden⁵⁾, berücksichtigen.

I. Beschränkung des Grundsatzes auf die
Ermittlung von Tatsachen

Die Verfahren der allgemeinen und besonderen Verwaltungsgerichtsbarkeit werden - im Gegensatz zu der im Zivilprozeß geltenden Verhandlungsmaxime - vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht (§§ 86 VWGO, 93 SGG, 76 FGO). Die Begriffe Verhandlungsmaxime einerseits und Untersuchungsmaxime andererseits sind allerdings ihrem Inhalt nach nicht einheitlich festgelegt. Im Wesentlichen stehen sich zwei Meinungen gegenüber. Die einen⁶⁾ beziehen diese Prozeßmaximen nur auf die Beibringung und Feststellung des Tatsachenstoffes je nachdem

2) Schütz MDR 1954, 459

3) Wacke AöR 79, 181
Eyermann Fröhler § 113 Rdn. 16; § 80 Rdn. 28
Ule § 108 Anm. IV 1;
Koehler § 113 B IX 2 b;
Tschira-Schmitt Glaeser S. 226
Hübschmann-Hepp-Spitaler § 100 FGO Rdn. 11;
Müller § 100 FGO Rdn. 524

4) § 100 FGO Rdn. 40

5) vgl. dazu jedoch die Einschränkungen bei Lang
VerwArch 52, 188, insbes. Fußnote 73

6) Rosenberg-Schwab S. 370
Nikisch S. 192

durch die Parteien oder das Gericht. Die anderen⁷⁾ erweitern den Fragenkomplex dahin, ob das Gericht von Amts wegen einschreiten, ob es über die Anträge der Parteien hinausgehen darf und ob schließlich Klageanerkennnis und Klageverzicht das Gericht binden.

Die Zulässigkeit des Nachschiebens von Gründen berührt, wie ohne weiteres ersichtlich ist, diesen weiteren Problemkreis nicht. Sie betrifft im engeren Sinne nur die Frage danach, was das Gesetz mit dem Satz zum Ausdruck bringt, daß das Gericht den Sachverhalt von Amts wegen erforsche. Dies bedeutet⁸⁾, daß das Gericht den ihm von den Beteiligten unterbreiteten Sachverhalt daraufhin zu prüfen hat, ob er mit dem wirklichen Sachverhalt übereinstimmt. Hierbei hat sich das Gericht der Unterstützung der Parteien zu bedienen (§ 86 Abs. 1 Satz 1 2. Halbsatz): "Kann das Gericht seine Pflicht, den wirklichen Sachverhalt zu erforschen, mit Hilfe der Beteiligten nicht erfüllen, so ist es berechtigt, aber auch verpflichtet, selbständig Ermittlungen darüber anzustellen, welcher Sachverhalt tatsächlich vorliegt" (§ 86 Abs. 1 Satz 2 VwGO).

Der Untersuchungsgrundsatz bezieht sich also ausschließlich auf die Tatsachenseite des Prozesses⁹⁾, nicht darauf, wie der als richtig festgestellte Tatsachenkomplex

7) Schönke-Schröder-Niese S. 422;
Goldschmidt S. 44/45

8) Ule § 86 Anm. I 1 und 2

9) Lücke JuS 1961, 41 (42);
Schröder JuS 1961, 48 (49);
Rupp AöR 85, 189

rechtlich zu würdigen ist. Das ist herrschende Ansicht¹⁰⁾.

10) Anm. Hufnagl DV 1948, 62 (63):

"Das Oficialprinzip in dem oben erwähnten Sinne ist im Gesetz nicht ausdrücklich angesprochen. Das VGG besagt lediglich, im § 63, daß das Verwaltungsgericht unter Heranziehung der Beteiligten den Sachverhalt von Amts wegen erforscht; es ist an das Vorbringen und die Beweisanträge der Beteiligten nicht gebunden. Da zwischen dem Sachverhalt und der rechtlichen Beurteilung unterschieden werden muß, ist m.E. hier das Oficialprinzip nur hinsichtlich der Erforschung des Sachverhaltes ausgesprochen, eigentlich eine Selbstverständlichkeit, denn nur auf Grund eines einwandfrei festgestellten Tatbestandes kann eine rechtliche Beurteilung erfolgen. Die gleiche Bestimmung enthält § 61 der VO Nr. 165.

Die Frage, inwieweit die Verwaltungsgerichte in Bezug auf die rechtliche Beurteilung frei oder gebunden sind, ist durch eine positive Vorschrift nicht gelöst."

Derselbe Anm. zu § 63 VGG

Ebenso außer den oben Anm. 7 und 8 Genannten

Lang VerwArch 52, 63;

Haueisen NJW 1966, 765;

Kuchinke JuS 1967, 295 (301);

Hübschmann - Hepp - Spitaler § 76 FGO Rdn.3

Eyermann Fröhler § 86 Rdn.1

Bayer. VGH B.v. 17.12.1948, VGHnF 1, 140:

"Grundsätzlich hat das Verwaltungsgericht entweder selbst oder unter Inanspruchnahme der Rechtshilfe der Amtsgerichte, Verwaltungsgerichte, der Verwaltungsbehörden, den Tatbestand, wie er für die Fällung des Urteils notwendig erscheint, klarzulegen und die erforderlichen Beweise durchzuführen."

II. Verpflichtung des Gerichts zur Feststellung der Richtigkeit des von der Behörde angenommenen Sachverhalts

1) Die erweiternde These Wackes

Wacke¹¹⁾ vertritt die Ansicht, das Verwaltungsgericht sei gehalten, ohne Rücksicht auf die Anträge der Parteien, den Sachverhalt weiter aufzuklären und unter Umständen auf Grund tatsächlicher Verhältnisse, die von den Parteien selbst gar nicht in den Rechtsstreit eingeführt worden sind, seine Entscheidung zu treffen¹²⁾. Die dafür angeführten Gründe sind nicht überzeugend. Wacke prüft nicht, ob die Untersuchungsmaxime ein Nachschieben von Gründen rechtfertigt. Er geht von vornherein davon aus, daß der Grundsatz der Konversion (im Sinne des ProVG) den Streitgegenstand - und zwar auf Grund der Offizialmaxime - ¹³⁾ und dadurch wiederum die Basis der gerichtlichen Untersuchungspflicht erweitere.

11) AöR 1953, 181

12) Ebenso hatte Wittmaack (Fischers Zeitschrift 58, 99) ausgeführt, im Verwaltungsstreitverfahren werde "nicht geprüft, ob das Recht richtig zur Anwendung gekommen ist auf den von der unteren Behörde festgestellten Sachverhalt, sondern ob es richtig zur Anwendung gekommen ist auf den wirklichen Tatbestand, der nötigenfalls neu untersucht und festgestellt wird".
Lang (AöR 1961, 187 FuBn. 68) bezeichnete dies mit Recht als "Verwaltung durch das Gericht in reinsten Ausprägung".

13) Wacke AöR 1953, 178:

"Dieses Bild des Streitgegenstandes bedarf allerdings noch einer weiteren Beleuchtung in einem nicht unwichtigen Punkte. Im Verwaltungsstreitverfahren als einem Verfahren mit zumeist vertauschten Rollen liegt es so, daß der Beklagte, die Behörde, durch seinen Verwaltungsakt schon vor dem eigentlichen gerichtlichen Verfahren das streitige Rechtsverhältnis individualisiert und in der Regel durch die dem Verwaltungsakt bzw. der Einspruchsentscheidung gegebene Begründung auch rechtlich qualifiziert hat. Auch der Kläger kann natürlich eine rechtliche Qualifikation geben. Wichtig ist aber nun, daß das Verwaltungsgericht nicht an diese rechtliche Qualifikation, nicht an diese von der Behörde oder vom Kläger geltend gemachten Rechtsgründe für den Erlaß der Verfügung, bzw. deren Aufhebung, gebunden ist. Es kann vielmehr in diesem von der Offizialmaxime beherrschten Verfahren auch aus anderen, vielleicht von den Parteien gar nicht genannten Rechtsgründen entscheiden. Das ProVG hat hierzu den "Rechtsgedanken der von ihm sog. Konversion aufgestellt ..."

Das ist eine petitio principii.

Es trifft auch nicht zu, daß der Streitgegenstand mit Rücksicht auf den Untersuchungsgrundsatz Veränderungen unterworfen wäre;¹⁴⁾ im Gegenteil, das Gericht darf sich nur innerhalb des durch die Anträge der Parteien abgesteckten Streitgegenstandes bewegen¹⁵⁾. Die Herrschaft der Parteien über den Streitgegenstand - auf die hiermit zusammenhängenden Fragen ist später noch im einzelnen einzugehen - ist keine Folge des Untersuchungsgrundsatzes, sondern der Dispositionsmaxime¹⁶⁾, die im Verwaltungsprozeß ebenso gilt, wie im Zivilprozeß.

2) Prozeßrechtliche Grenzen des gerichtlichen Ermittlungsrechtes

Dem Recht und der Pflicht zur Erforschung des Sachverhaltes sind enge Grenzen gesetzt oder - aus der Beschränkung der Verwaltungsgerichtsbarkeit auf klassatorische Befugnisse - erwachsen.

-
- 14) Lücke Jus 1961, 41 (43):
"Gegen die Auffassung Wackes, der von der Erweiterung des Streitgegenstandes durch die Offizialmaxime spricht, läßt sich ferner einwenden, daß der Streitgegenstand vom Beginn der Rechtshängigkeit an feststehen muß, soll er seiner prozessualen Funktion gerecht werden. Sonst stünde erst am Schluß der letzten Tatsachenverhandlung fest, in welchem Umfang das Verwaltungsgericht den Streitgegenstand erweitert hat. Dadurch würde der Streitgegenstand untauglich, Klagenhäufung, Klageänderung oder Rechtshängigkeit abzugrenzen, ganz zu schweigen von der Frage, die Wacke nicht stellt, wieweit sich die gerichtliche Ermittlungstätigkeit erstrecken, wo also die Inquisitionsmaxime ihre Grenze finden soll."
- 15) Lang VerwArch 52, 187
Hübschmann-Hepp-Spitaler § 76 Rdn. 5
Lücke wie Fußnote 14
- 16) Schunck de Clerck Anm. 1 a) bb);
Redeker von Oertzen § 86 Rdn. 2 und 4
Rosenberg-Schwab S. 376

a) Die in der Literatur vertretenen Meinungen

Reuß¹⁷⁾ wies schon 1938 nach, daß sich die seinerzeitige Rechtsprechung des PrOVG (zur Konversion von Verwaltungsakten) nicht aus dem Untersuchungsgrundsatz herleiten lasse.

"Für diesen ist nur bei der Aufklärung des Sachverhalts, nicht aber bei der maßgeblichen Bestimmung seines Umfanges - als Grundlage der Verfügung - Raum. Der Verwaltungsrichter hat kraft der Untersuchungsmaxime den für die Verfügung maßgeblich gewesenen Sachverhalt von Amts wegen aufzuklären, nicht aber der Verfügung notfalls statt des für die Verwaltungsbehörde maßgeblich gewesenen einen anderen Sachverhalt zu substituieren. Der Sachverhalt, der für die Verwaltungsbehörde bei Erlaß ihrer Verfügung maßgeblich war, muß von dem Verwaltungsrichter als eine auch für ihn maßgebliche Größe hingenommen werden".

Lang¹⁸⁾ stellte den naheliegenden Vergleich mit den Inquisitionsbefugnissen des Strafrichters (§ 155 StPO) an. Er gewann daraus "eine erste Umgrenzung" der Frage: "Das Gericht ist nicht verpflichtet, alle irgendwie in Betracht kommenden Umstände von Amts wegen zu ermitteln, wie ein Untersuchungsrichter an Stelle der Parteien zu handeln". Die "eigentliche Domäne der Untersuchungsmaxime im Verwaltungsprozeß bilde vielmehr die Überprüfung der v o r g e t r a g e n e n Tatsachenbehauptungen auf ihre

17) JW 1938, 3324

18) VerwArch 52, 185

Übereinstimmung mit der Wirklichkeit¹⁹⁾. Ebenso vertritt das Bundessozialgericht²⁰⁾ die Ansicht, Aufgabe des Gerichtes sei es lediglich, auf eine vollständige Tatsachendarstellung hinzuwirken und dies auf ihre Wirklichkeit zu prüfen. Es habe nicht auf dem Wege über die Untersuchungsmaxime Aufgaben der Beteiligten zu übernehmen und nicht vorgebrachte Tatsachen zu erforschen. Andernfalls wäre die Untersuchungspflicht - und damit in gleichem Maße das Untersuchungsrecht - ohne Grenzen.

Die Tatsachenbehauptungen der Behörde werden allerdings nicht immer sofort ins Auge stechen. Diese bedient sich sehr häufig z.B. der Gesetzesangabe als - wie Lerche²¹⁾ es formulierte -

19) VerwArch . 52, 90

ebenso Menger System S. 208:

"Gewiß haben die Verwaltungsgerichte der ersten und der Berufungsinstanz Tatsachen zu berücksichtigen. Soweit sie jedoch über die Anfechtung eines Verwaltungsaktes oder eine Klage auf Vornahme einer Amtshandlung zu entscheiden haben, besteht die "Prüfung der Tatfrage" darin, festzustellen, ob die Verwaltungsbehörde den betreffenden Sachverhalt richtig unter den Tatbestand subsumiert hat. Erweist es sich, daß die Behörde Tatumstände, die Elemente des Tatbestandes sind, nicht, oder andere Tatsachen, welche nicht zum Tatbestande gehören, zu Unrecht berücksichtigt hat, so entfällt mit diesem Mangel auf der Tatbestandsseite die Vollziehung der Rechtsfolge. Das und nichts anderes ist die "Tatfrage", welche das Gericht prüft. Es ist gewiß richtig und um der logischen Klarheit willen erforderlich, zwischen der Feststellung des Sachverhaltes und dessen Subsumtion unter den Tatbestand des anzuwendenden Rechtssatzes zu unterscheiden. Aber diese logische Trennung darf nicht dazu führen, den Gegensatz zwischen selbständiger Rechtsfindung und Nachprüfung der Rechtsfindung eines anderen zu verwischen".

20) Urt v. 14.9.1955 SozR § 103 Da I Nr.3
Urt v. 16.6.1955 BSozGE 1, 93

21) NJW 1953, 1890

kurzer klammerartiger Bezeichnung für eine Folge tatsächlicher Umstände. Der Umfang der darin liegenden Tatsachenbehauptungen ist notfalls im Wege der Auslegung zu ermitteln. Was über diesen Rahmen hinausragt, also eben dies, was man als Nachschieben von Gründen bezeichnet, ist nicht mehr Aufgabe des Gerichts.

b) Die Verpflichtung des Gerichts, die Sache spruchreif zu machen nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts

Sehr viel weiter scheint allerdings das Bundesverwaltungsgericht "die Aufklärungs- und Entscheidungspflicht" der Verwaltungsgerichte zu verstehen. Es hat in mehreren Entscheidungen²²⁾ den Grundsatz entwickelt, daß das Verwaltungsgericht den Sachverhalt in dem zur Sachentscheidung erforderlichen Umfang aufzuklären und selbst über den Klageantrag zu entscheiden habe. "Es geht nicht an", so heißt es im Urteil vom 4.3.1960, "eine an zwingendes Recht gebundene Verwaltungsentscheidung schon deshalb, weil die von der Behörde geltend gemachten Gründe widerlegt sind, mit gewissermaßen zurückweisender Wirkung aufzuheben und der Behörde die Prüfung etwaiger weiterer Gründe zwingenden Rechts zu überlassen; vielmehr muß das Gericht in solchem Falle die Sache unter Berücksichtigung aller in Betracht kommenden Gründe selbst klären und abschließend entscheiden. Anders ist es beim Streit um eine Ermessensentscheidung der Behörde. Hat die Behörde erkannt, daß oder in welchen Grenzen ihr ein Ermessen zusteht, oder hat sie ihr Ermessen mißbraucht, so hat das Gericht nur dies aufzuzeigen und die Verwaltungsentscheidung aufzuheben, damit die Behörde ihr Ermessen unter Vermeidung des aufgezeigten Fehlers nochmals ausüben oder die bisher unterbliebene Ermessensausübung nachhole; es braucht dabei nicht durch eigene

Urt v. 26.5.1955 BVerwGE 2, 135
Urt v. 15.11.1956 NJW 1957, 515
Urt v. 12.6.1958 BVerwGE 7, 100
Urt v. 4.3.1960 BVerwGE 10, 204
Urt v. 13.4.1961 BVerwGE 12, 188

Sachaufklärung die Grundlage für die neue Ermessensentscheidung zu schaffen".

Das hat zu der unberechtigten Verallgemeinerung geführt²³⁾, das Gericht sei unter dem Gesichtspunkt der Spruchreife zu allumfassender Sachaufklärung verpflichtet. Es wird übersehen, daß sich die genannten Urteile des Bundesverwaltungsgerichts ausnahmslos darauf beziehen, inwieweit die Verwaltungsgerichte bei Verpflichtungsklagen die Sache von sich aus spruchreif zu machen haben. Wer Klage erhebt, weil LAG Leistungen abgelehnt wurden, behauptet damit gleichzeitig alle hierfür notwendigen Voraussetzungen zu erfüllen. Nichts hindert das Gericht daran, diese - mag sein, nur versteckte - Behauptung auf ihren Wahrheitsgehalt zu überprüfen;²⁴⁾ es hält sich immer noch innerhalb der Parteibehauptungen.

Anders, wenn das Gericht im Anfechtungsprozeß Gründe erforscht, die von der Behörde zur Rechtfertigung des angefochtenen Verwaltungsaktes nicht vorgetragen wurden. Hier fehlt es an einer - auch nur stillschweigenden - Tatsachenbehauptung, deren Richtigkeit das Gericht auf Grund der Untersuchungsmaxime zu erforschen hat; das Gericht überschreitet dann sein

23) Redeker - von Oertzen § 86 Rdn 7:
"Stellt das Gericht bei seiner Prüfung des Sachverhalts Umstände fest, welche die Klage rechtfertigen, so sind sie für die Entscheidung heranzuziehen, auch wenn der Kläger selbst sie nicht vorträgt oder sie ihm nicht einmal bekannt sind. Umgekehrt kann das Gericht die Klage aus Gründen abweisen, die in der angefochtenen Entscheidung nicht aufgeführt sind und auch im Prozeß von der Verwaltungsbehörde nicht vorgetragen werden."

ähnlich Eyermann Fröhler § 113 Rn 62.

24) Groschupf (DVBl 1962, 627):
"Es ist kein Zufall, daß die erwähnte Rechtsprechung des BVerwG (zur Frage der Zurückverweisung an die Verwaltungsbehörde) von dessen Lastenausgleichssenaten begründet worden ist. Diese haben über Ansprüche zu entscheiden, die der Kläger aus dem Gesetz herleitet. Wer über einen Anspruch entscheiden soll, fragt nach dem Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen, nicht nach dem Verfahren oder Verhalten des Schuldners... So sieht der VerwRichter einen Rechtsstreit über Leistungsansprüche des Bürgers gegen die Verwaltung ähnlich wie der Zivilrichter."

- durch die Behauptungen der Parteien begrenztes - Aufklärungsrecht. In den Beispielen, die zu Beginn der Arbeit genannt wurden, war es also nicht Sache des Gerichts, zu ermitteln, ob der Misthaufen wegen der Fliegenplage zu beseitigen oder dem Apotheker die Berufsausübung wegen seiner sittlichen Unzuverlässigkeit zu untersagen war. Die Behörde hatte weder ausdrücklich noch stillschweigend behauptet, daß das Ungeziefer eine ordnungswidrige Störung darstelle bzw. daß der Apotheker wegen seiner sittlichen Verfehlungen in seinem Beruf untragbar sei²⁵⁾.

Es mag als Verstoß gegen die Waffengleichheit der Parteien erscheinen, wenn das Gericht hinsichtlich des Vorbringens der Behörde darauf beschränkt ist, nur dessen Richtigkeit zu prüfen, während es umgekehrt die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes umfassend - nicht nur unter den vom Kläger geltend gemachten Gesichtspunkten - prüft²⁶⁾.

Darin kommt indessen lediglich die Besonderheit der Anfechtungsklage zum Ausdruck, daß sich der Kläger materiell in der Verteidigerposition befindet²⁷⁾. Er kann sich den Klagegrund

25) Anders in dem Fall des OVG Lüneburg (DVBl 1957, 275): In der Behauptung der Behörde, die Schiffschaukel halte den besonderen Belastungen, durch zwei Personen beim Überschlag nicht stand, liegt zweierlei; entweder daß die Schaukel schon aus baukonstruktiven Mängeln nicht zum Betrieb geeignet sei oder daß die Schaukel zwar fachgerecht konstruiert aber als solche für den Betrieb durch zwei Personen ungeeignet sei.

Die technische Prüfung der zweiten Frage setzt notwendigerweise die Beantwortung der ersten voraus. Das Gericht braucht die Betriebsgefahr nicht mehr prüfen, wenn sich bereits die Konstruktion der Schaukel als unzulänglich herausstellt.

Ähnlich liegt auch der Fall, den das BSozG im Urteil vom 26.6.1958 (BSozGE 7, 257) entschied: Das Gericht hatte im Gegensatz zu der geltend gemachten ermessensmäßigen Versagung des Schadensersatzes den Schadensersatz dem Grunde nach abgelehnt.

26) Der Kläger greift z.B. eine Ermessensentscheidung an, weil er die Ermessensbetätigung für fehlerhaft hält; das Gericht hebt den Verwaltungsakt wegen Unzuständigkeit der Behörde auf.

27) Lücke JuS 1967, 6

nicht aussuchen, sondern ist insoferne von der Verwaltungsbehörde abhängig, als er sich gegen deren Verwaltungsakt wenden muß²⁸⁾.

Ist das Ermittlungsrecht des Gerichtes dergestalt beschränkt, so muß der Verwaltungsakt aufgehoben werden, wenn sich die in ihm angegebenen Gründe nicht als stichhaltig erweisen; es bleibt dann der Behörde vorbehalten, gegebenenfalls einen neuen Verwaltungsakt mit anderer Begründung zu erlassen. Dies läßt sich auch mit der bereits erwähnten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes vereinbaren. Ihr Sinn ist es nicht, unter allen Umständen zu verhindern, daß eine beim Verwaltungsgericht anhängige Sache noch einmal an die Verwaltungsbehörde gelangt." 29)

28) Es bleibt die Frage, ob das Gericht Tatsachen zu erforschen hat, die zwar von der Behörde, aber erst im gerichtlichen Verfahren, behauptet wurden. Die Antwort hängt davon ab, inwieweit durch solches Vorbringen der Parteien der Streitgegenstand des Prozesses erweitert würde. Darauf ist später noch näher einzugehen.

29) BVerwG Urt v. 7.11.1962 BVerwGE 15, 114 (116):
"Der Sinn ist vielmehr ein anderer. Ein Verwaltungsakt darf im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nur aufgehoben werden, wenn er rechtswidrig ist (§ 113 Abs. 1 VwGO). Die Frage der Rechtswidrigkeit hängt nicht stets (!) von der vollständigen Aufklärung des Sachverhaltes durch die Verwaltungsbehörde ab. Auch bei ungenügender Sachaufklärung kann sich der Verwaltungsakt im Ergebnis aus anderen Gründen als richtig erweisen. Vor allem kann sich auch nach einer späteren vollständigen Aufklärung des Sachverhaltes herausstellen, daß die Verwaltungsbehörde trotz ihrer ersten mangelhaften Aufklärung den Sachverhalt richtig erkannt hat; die späteren Ermittlungen können also die früheren mangelhaften im Ergebnis bestätigen. In einem solchen Falle besteht kein Grund, den Verwaltungsakt aufzuheben; er ist nicht rechtswidrig".

Bis hierher bestätigt das Urteil des BVerwG die oben vertretene Meinung. Allerdings fährt es fort:

"Gäbe indessen schon allein die mangelhafte Aufklärung des Sachverhaltes durch die Verwaltungsbehörde einen Grund zur Aufhebung des Verwaltungsaktes, würde dies dazu führen, daß mitunter auch rechtmäßige Verwaltungsakte aufgehoben würden. Um ein solches, nach den Prozeßgesetzen unzulässiges Verfahren zu vermeiden, sind die Verwaltungsgerichte verpflichtet, von sich aus den Sachverhalt so weit aufzuklären, daß sie über die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des angefochtenen Verwaltungsaktes entscheiden können".

Auch dies ist ohne weiteres daraus zu erklären, daß das Bundesverwaltungsgericht im Rahmen einer Verpflichtungsklage zu klären hatte, wieweit im Verfahren nach dem Abgeltungsgesetz ein den Anspruch versagender Verwaltungsakt rechtswidrig ist.
Vgl. auch B. v. 21.2.1966 Buchholz Nr. 310 § 113 Nr. 25

Bereits im Urteil vom 18.8.1960³⁰⁾ hatte das Gericht erklärt, daß das Verbot der "Zurückverweisung an die Verwaltung" möglicherweise dann nicht gelte, wenn "nach Widerlegung des von der Behörde als allein entscheidend geltend gemachten Ablehnungsgrundes die Begründetheit der Klage von bisher nicht berücksichtigten Umständen abhängen (kann), deren Klärung umfangreiche und daher besser von der Behörde als vom Gericht zu treffende Ermittlungen erfordert". In einem späteren Urteil³¹⁾ schränkt das Gericht ferner ein, die Verwaltungsgerichte seien zwar verpflichtet, die Sache spruchreif zu machen, müßten aber dabei die Vorschriften des Verwaltungsverfahrenes beachten. Sei für eine fachliche Prüfung eine besondere Behörde vorgesehen, so dürfe das Gericht dieser die Prüfung nicht aus der Hand nehmen und an sich ziehen. Das Bundesverwaltungsgericht übersieht dabei, daß "die Vorschriften des Verwaltungsverfahrenes" die einer bestimmten Behörde spezielle Prüfungstätigkeiten zuweisen, nicht immer Rechtssatzcharakter besitzen;³²⁾ es wird wohl nicht unterstellen, daß z.B. Ministerialentscheidungen in diesem Punkte die Gerichte ebenso binden wie die Behörden. Sollte jedoch die Möglichkeit bloßer Aufhebung davon abhängen, ob die Notwendigkeit besonderer fachlicher Prüfung rechtssatzmäßig oder nur verwaltungsintern vorgeschrieben ist? In beiden Fällen darf sich das Gericht keine Prüfung anmaßen, die auf der Verwaltungsebene fachkun-

30) BVerwGE 11, 95 (100)

31) BVerwG Urt v. 8.1.1963 DVBl 1963, 263

32) vgl. z.B. hins. des Verfahrens zur Erteilung einer Erlaubnis nach §§ 10 und 13 der Dampfkesselverordnung vom 8.9.1965 (BGBl I, 1300 die Gem. Entschl. der Bayer. Staatsmin. des Innern, für Wirtschaft und Verkehr und für Arbeit und soziale Fürsorge vom 26.9.1966 (MABl.S. 560). Ferner die Vollzugsentschließung des Bayer. Staatsministeriums des Innern zum Wasserhaushaltsgesetz und Bayerischen Wassergesetz vom 16.12.1969 Ziff.78

diger und schneller durchgeführt werden könnte.

Das angebliche Verbot der "Zurückverweisung in die Verwaltung", das auch bei Anfechtungsklagen gelten soll³³⁾, erscheint unter diesen Umständen fragwürdig³⁴⁾.

Eine Rückverweisung, wie sie etwa von der über- an die untergeordnete Behörde erfolgt, liegt nicht vor; es wird lediglich der fehlerhaft zustande gekommene Verwaltungsakt aufgehoben, genau wie bei anderen Aufhebungen wegen Vorliegens von Verfahrensfehlern oder wegen Verletzung materiellen Rechts. Das entspricht dem Kassationscharakter der Anfechtungsklage und der Aufgabe der Verwaltungsgerichte, die Rechtmäßigkeit der Verwaltungsakte zu überprüfen und gegebenenfalls diese Akte zu beseitigen, nicht aber selbst die mit den Verwaltungsakten abgelehnten Anträge zu bescheiden³⁵⁾. "Zurückverweisungen" in dem hier aufgezeigten Umfange sind, wie Rautenberg³⁶⁾ betont, auch sonst dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht fremd. Im Falle der Aufhebung muß die Verwaltungsbehörde neu tätig werden

33) Eyermann Fröhler § 113 Rdn.16, 17

34) vgl. Kellner MDR 1968, 965 (968);
Reinhart DVBl 1967, 710 (712)

35) VG Bremen Urt v. 3.4.1957 NJW 1957, 1207

36) NJW 1955, 1545:

"Ein Verwaltungsgericht, das eine Behördenentscheidung wegen Unterlassung der Ermessensausübung aufhebt, verweist die Sache an die Behörde zurück, auch wenn das Wort "Zurückverweisung" in dem Urteil nicht erwähnt wird. Ein Verwaltungsgericht, das in einer Rentensache eine Entscheidung der Verwaltungsbehörde zugunsten des Rentenempfängers aufhebt, wird selten die dem Berechtigten zustehende Rente in allen Einzelheiten berechnen, insbesondere dann nicht, wenn der Rentenanspruch des Berechtigten dem Grunde nach abgelehnt worden ist. Die Aufhebung der Verwaltungsentscheidung kommt in diesen Fällen praktisch einer "Zurückverweisung" gleich. In Fällen, in denen die Verwaltungsbehörde einen Antrag aus formalen Gründen, z.B. Fristversäumnis, abgelehnt hat, und in denen das VG die formalen Ablehnungsgründe nicht als berechtigt ansieht, kann das Verwaltungsgericht, wenn es den Beteiligten nicht Rechtsmittelinstanzen nehmen will, die Angelegenheit ebenfalls nur an die Verwaltungsbehörde "zurückverweisen", indem es die ablehnende Verwaltungsentscheidung aufhebt."

und einen neuen Verwaltungsakt erlassen³⁷⁾. In diesem neuen Verwaltungsverfahren spielt die Rechtsansicht des Gerichts allenfalls insoweit eine Rolle, als die Behörde aus Gründen prozesualer Klugheit bemüht sein wird, die vom Gericht gerügten Fehler zu vermeiden. Im Gegensatz dazu hat die untergeordnete Behörde die aufsichtliche Weisung der übergeordneten in jeder Phase des neuen Verfahrens zu beachten³⁸⁾. Eine Verweisung in diesem Sinne würde allerdings dem Grundsatz der Gewaltenteilung widersprechen, denn das Gericht würde damit unmittelbar zum Herrn des Verwaltungsverfahrens. Weisungsbefugnisse dieser Art mögen dem Rechtsausschuß des Bundestages vor Augen gestanden haben, als er es ablehnte, die Verwaltungsgerichte zur Zurückverweisung der Sache an die Behörde zu ermächtigen³⁹⁾. Wer daraus aber eine Pflicht zu umfassender Sachaufklärung durch das Gericht ableiten wollte⁴⁰⁾, würde die Absichten des Gesetz-

37) Wallerath DÖV 1970, 654

38) Landmann-Giers-Proksch S. 72 insbes. Fußnote 39
vgl. ferner Mang-Maunz-Mayer-Obermayer S. 135

39) BT Drucks. III / 1094, zu § 114 VwGO

40) Groschupf DVBl 1962, 627 und DVBl 1963, 262:

"Insbesondere bei Verpflichtungsklagen ist es Aufgabe des Gerichts, über den vom Kläger geltend gemachten Anspruch auf Vornahme einer Amtshandlung sachlich zu entscheiden, wenn die Sache spruchreif ist, d.h. wenn sie der richterlichen Entscheidung in vollem Umfang zugänglich ist (...). Ich selbst bin in DVBl 1962, 637 noch einen Schritt weiter gegangen und habe diese Grundsätze auch auf Anfechtungsklagen angewendet, die sich gegen gebundene Verwaltungsakte richten, mit der Konsequenz, daß Verfahrensfehler der Verwaltung für die Entscheidung des Verwaltungsgerichts in der Regel unerheblich sind, weil das Verwaltungsgericht prüfen muß, ob der Verw. Akt seinem Inhalt nach dem materiellen Recht entspricht, ob also z.B. die Voraussetzungen für die Entziehung einer Fahrerlaubnis oder die Erhebung einer Steuer vorliegen. Diese Verpflichtung des Verwaltungsgerichts zur sachlichen Entscheidung des Verwaltungsprozesses leite ich aus dem anderen Zweigen der Gerichtsbarkeit selbstverständlichen Grundsatz her, daß ein Urteil Rechtsfrieden schaffen muß, indem es einen neuen Streit der Parteien über den gleichen Streitgegenstand ausschließt. Ich finde diesen Grundsatz dadurch bestätigt, daß der Rechtsausschuß des Bundestages es ausdrücklich abgelehnt hat, das Verwaltungsgericht zur Zurückverweisung der Sache an die Behörde zu ermächtigen."

gebers ins Gegenteil verkehren. Er würde das Gericht - über die kassatorischen Befugnisse hinaus - zu einem Eingriff in die Aufgaben der Verwaltung berechtigen und verpflichten.

Am wenigsten rechtfertigt dies der Gesetzeswortlaut des § 113 Abs. 4 Satz 1 VwGO. Das Gericht spricht die Verpflichtung der Verwaltungsbehörde aus, die beantragte Amtshandlung vorzunehmen, w e n n die Sache spruchreif ist. Eine Pflicht, die Sache spruchreif zu machen, läßt sich daraus schon dem Wortlaut nach nicht entnehmen⁴¹⁾.

III. Erstmalige Sachverhaltsermittlung als Aufgabe der Verwaltung

1) Gewaltenteilung als Funktionsteilung

Es wird eine weitere Begrenzung des richterlichen Ermittlungsrechtes sichtbar. Das Gericht ist nicht nur "nicht verpflichtet, die Spruchreife herbeizuführen", wie der Bayer. VGH⁴²⁾ ausführt, sondern es ist dazu nicht berechtigt, weil es in unangemessener Weise die Funktion der zuständigen Verwaltungsbehörde ausüben würde. In einem Staatswesen, das von dem Grundsatz der Gewaltenteilung beherrscht ist, kann die

41) Reinhart DVBl 1967, 710 (712) Fußnote 20:

"Die Begründung ergibt sich vornehmlich aus dem Grundsatz der Gewaltenteilung. Danach muß der Eingriff der Justiz in die Exekutive so gering als möglich sein".

42) Urt v. 12.4.1965 BayVBl 1966, 210:

"Wollte man in einem solchen Fall eine Verpflichtung des Gerichts annehmen, die Spruchreife der Sache herbeizuführen, könnte die Verwaltungsbehörde sich der Mühe und Verantwortung für eine Entscheidung einfach dadurch entziehen, daß sie eine Entscheidung unterläßt und dem Antragsteller anheimgibt, die Verwaltungsgerichte anzurufen. Das liegt aber nicht im Sinne der Verwaltungsgerichtsbarkeit, die nicht an die Stelle der Verwaltung treten soll".

Ähnlich aber bereits BVerwG Urt v. 27.9.1955 BayVBl 1956, 53

richterliche Gewalt nur zur Kontrolle, nicht aber zur Ersetzung der Verwaltungstätigkeit berufen sein. Gewaltenteilung in einem modernen Staat darf nicht nur als Kräftespiel konkurrierender Gewalten verstanden werden; sie ist auch Arbeitsteilung.⁴³⁾ Dieselbe Aufgabe, die der Richter (das Kollegialgericht) völlig auf sich gestellt zu lösen hat, erledigt im Bereich der Verwaltung ein nach Gesichtspunkten der Arbeitsteilung gegliederter Apparat erfahrener Beamter; ihm stehen in der Regel nicht nur alle technischen Hilfsmittel (z.B. Elektronische Datenverarbeitungsanlagen), sondern für Spezialfragen ein weitverzweigtes System von Fachbehörden z.T. mit hochqualifizierten Wissenschaftlern zur Verfügung. Ein mathematisch einfaches Rechenproblem, das eine EDV-Anlage in Bruchteilen eines Augenblicks löst, kann den Richter Stunden beschäftigen. Die Anforderung eines Fachgutachtens durch das Gericht erhöht nicht nur das Kostenrisiko des Klägers, sondern trägt - sofern es überhaupt gelingt, einen entsprechenden Gutachter zu finden - nicht unwesentlich zur Prozeßverzögerung bei. Nur ein Staat mit einer kleinen Verwaltung und einer durch das Enumerationsprinzip beschränkten Verwaltungsgerichtsbarkeit konnte es sich leisten, die Bezirksausschüsse komplizierte Tatbestände prüfen zu lassen, deren Prüfung die Verwaltungsbehörden zunächst unter Verstoß gegen geltende Verfahrensvorschriften unterlassen hatten⁴⁴⁾.

43) Ossenbühl DÖV 1964, 516:

"Das Ineinandergreifen und Zusammenwirken verschiedener spezialisierter Verwaltungsstellen dient nicht nur der Ermöglichung richtiger Entscheidungen, sondern auch der Rationalisierung und der "Integration" der Gesamtverwaltung. Diese Überlegungen gelten für alle Fälle, in denen andere Stellen zu beteiligen sind, um ein "isoliertes" Verwalten zu vermeiden, weil sich eine Einzelentscheidung wegen der komplexen Natur des öffentlichen Lebens eben regelmäßig in mehreren Richtungen auswirkt. Würde man aber lediglich auf die "materielle Richtigkeit" der Entscheidung abstellen, so würde die den Verfahrensregeln möglicherweise innewohnenden (Neben-) Zwecke vereitelt."

44) Rautenberg NJW 1955, 1546

Heute ist dies unpraktikabel und ein Verzicht auf die rechtsstaatliche Garantie⁴⁵⁾ gründlicher und sachgerechter Tatbestandsermittlung. Die erste Ermittlung des Sachverhaltes und seine erste rechtliche Würdigung ist im gewaltenteiligen Staat der Verwaltung vorbehalten.

2) Verbot eines gerichtlichen Eingriffs in die
Ermessensfreiheit der Behörde

Für Ermessensentscheidungen ergibt sich aus § 114 VwGO, daß das Gericht auf die Kontrolle der Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns beschränkt und ihm die Nachprüfung von Zweckmäßigkeitserwägungen entzogen ist. Wie Lang dazu ausführt, besagt dies "nicht nur, daß das Verwaltungsgericht die von der Verwaltungsbehörde angestellten Zweckmäßigkeitserörterungen als richtig hinnehmen muß, sondern auch, daß es ihm verwehrt ist, selbst indirekt durch seine Prozeßhandlungen Entscheidungen, die im Ermessen der Behörde stehen, vorzunehmen, oder auch nur die Verwaltungsbehörde in der Ausübung ihres Ermessens zu beschränken. Das Gericht darf also z.B., wenn sich in der Beweisaufnahme herausgestellt hat, daß die tatsächliche Grundlage, auf die die Verwaltungsbehörde ihre Verfügung gestützt hat, nicht zutrifft, nicht von Amts wegen dem Verwaltungsakt neue Tatsachen unterlegen, die sich als haltbar erwiesen, die die Verwaltungsbehörde sich aber nicht zu eigen gemacht hat. Es würde sonst an Stelle der Behörde, (in deren Ermessen allein es steht, ob sie ihre Verfügung auch auf die neuen Tatsachen stützen will) eine eigene Ermessensentscheidung treffen und damit die Funktion der Verwaltung übernehmen".⁴⁶⁾

45) Kopp, VerwArch 1970, 223

46) VerwArch 52, 85 und ebenso S. 188,

ferner Jellinek Lehrbuch S. 264:

"Die Auffassung (Friedrichs PrVerwBl 45, 456 zur Konversion) ist nicht haltbar, da die Geltendmachung eines Grundes eine Ermessenssache ist und der Verwaltungsrichter kein Ermessen walten lassen darf, das der Polizeibehörde fern lag.

Redeker - von Oertzen § 113 Rdn 20

Eyermann Fröhler § 113 Rdn 62

Selbst wenn man davon absieht, daß die Gerichtsbarkeit über gleichwertige sachliche und personelle Mittel zur Aufklärung und Wertung des Sachverhaltes nicht verfügt⁴⁷⁾, ist eine derartige Übernahme von Verwaltungstätigkeiten durch die Gerichte aus einem weiteren Grunde mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung nicht vereinbar. Die Aufgaben und das Selbstverständnis der Verwaltung haben sich - etwa gegenüber der Zeit, in der das PrOVG seinen Grundsatz der Konversion entwickelte - geändert. Die Verwaltung hat aufgehört, nur das Regulativ eines im übrigen nach immanenten Impulsen ablaufenden Soziallebens zu sein; sie hat im modernen Staat eine im umfassenden Sinne gestaltende Funktion erhalten⁴⁸⁾. Diese schöpferische Aufgabe bestimmt je nach der konkreten soziologischen Situation, die die Behörde bei ihrem Handeln vorfindet, die Ermessensgründe - die Wertung der einzelnen Sachverhalte -. Sie setzt eine enge Beziehung zu den Lebensverhältnissen voraus, die der Richter nicht besitzt, weil er zeitlich, örtlich und sachlich nicht nahe genug mit den Verhältnissen vertraut ist.

3) Vorbehalt zugunsten der Verwaltung auch bei gebundener
Verwaltung

Weil das Sozialleben nicht nach immanenten Impulsen abläuft, gilt dies aber auch dort, wo die Verwaltung gebundene Entscheidungen trifft. Vor allem im Zusammenhang mit der Frage, wie weit der Behörde bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe ein Beurteilungsspielraum zusteht, wird auf das Unvermögen des Richters, die wertende Entscheidung der Verwaltungsbehörde nachzuvollziehen, hingewiesen⁴⁹⁾. Die Behörde geht oft von komplexen Erwägungen und nicht mittelbaren Inpondera-

47) vgl. dazu die gegenteilige Auffassung von Kellner NJW 1966, 860

48) Forsthoff, Lehrbuch S. 3

49) Jesch AöR 1957, 163 ff
Jäger DÖV 1966, 779
Fellner DVBl 1966, 161

bilien aus. Unabhängig von den Problemen des unbestimmten Rechtsbegriffes erhellt dies auch die Tatsache, daß das Gesetz auch bei gebundenen Entscheidungen gelegentlich die Anhörung anderer Behörden⁵⁰⁾ oder die Beteiligung von Ausschüssen zwingend vorsieht. So führt das Bundesverwaltungsgericht⁵¹⁾ zur Anhörung der Hauptfürsorgestelle nach § 35 Abs. 2 Schwerbeschädigten-gesetz aus: " Es ist nicht zwingend, daß stets der Tatbestand von der Hauptfürsorgestelle und der Verwaltungsbehörde gleich beurteilt wird, und deshalb muß die erstere auch in den Fällen, in denen ein Ermessensspielraum für die Verwaltungsbehörde nicht besteht, stets die Möglichkeit haben, ihre Auffassung darzu-legen, bevor die Verwaltungsbehörde abschließend entscheidet".⁵²⁾

Es braucht nicht unerlaubte Beeinflussung von außen zu sein, was die Behörde auch im Bereich gebundener Verwaltung veranlaßt, in dem einen Fall früher, in dem anderen später oder überhaupt nicht einzuschreiten. Allein dieses zeitliche Moment ist von nicht zu unterschätzender Bedeutung. Der Richter, der von sich aus Tatsachen erforscht, die die Behörde nicht oder noch nicht berücksichtigt hat, und darauf seine Entscheidung stützt, greift damit auch bei gebundenen Entscheidungen in jenen, zwar schwer faßbaren, aber gleichwohl vorhandenen Bereich der Gestaltungsfreiheiten ein, der der Verwaltung vorbehalten ist.

50) Menger VerwArch 56, 191: "Soweit ein VA wegen eines Verfahrensmangels rechtswidrig ist, wird man gerade in Fällen, in denen ein Verstoß gegen die vom Gesetz festgelegte Pflicht, andere Behörden beim Erlaß eines VA mitwirken zu lassen, der im anderen Zusammenhang vertretenen Ansicht Ules folgen dürfen, daß der VA wegen seines verfahrensrechtlichen Mangels aufzuheben und von einer Überprüfung der in ihm enthaltenen Regelung auf ihre Vereinbarkeit mit dem materiellen Recht abzusehen ist. Nur dergestalt wird der vom Gesetzgeber verfolgte Zweck erreicht, die Frage des Erlasses der betreffenden Entscheidung unter vielerlei Gesichtspunkten und durch mehrere Sachverständige, in ihrer Sicht und Kenntnis u.U. einander ergänzende, die Schwerpunkte zuweisen auch unterschiedlich setzende Behörden beurteilen zu lassen."

51) Urt v. 8.7.1959 BVerwGE 9, 69 (71):derselbe VerwArch 57,277

52) Diesen Gesichtspunkt läßt z.B. Schenke AÖR 95, 228 außer Acht, wenn er ausführt: " Eine Identifizierung des Gewaltenteilungsprinzips mit einem ganz bestimmten System staatlicher Macht und Funktionsaufteilungen müßte, da es seiner Anpassung an veränderte staatliche und gesellschaftliche Verhältnisse entgegenstehen würde, zwangsläufig zu einer Verarmung und Verkümmern führen und es damit letzten Endes bei der Erfüllung seiner Funktion hindern. Mit der schon vor Einführung des GG zugelassenen Verpflichtungsklage wurden, wie Rupp (DVBl 1958, 118) zu Recht betont hat, die Grenzen einer rein kassatorisch fungierenden Verwaltungsgerichtsbarkeit ohnehin schon längst verlassen."

B. Das Nachschieben von Gründen und Streitgegenstand

Es stellt sich die Frage, wieweit das Gericht dem richtig festgestellten Sachverhalt eine andere rechtliche Würdigung, als die von der Behörde gewählte, zugrunde legen darf.

I. Abgrenzung gegenüber dem Untersuchungsgrundsatz und dem Grundsatz iura novit curia

Dabei handelt es sich nicht um eine Frage des Untersuchungsgrundsatzes, denn dieser betrifft nur das Tatsachenvorfeld, das der Richter für den Vorgang der Subsumtion zu verwenden hat. Der Untersuchungsgrundsatz berührt den weiteren Vorgang der richterlichen Rechtsfindung, d.h. die Frage, welche Rechtsfolge der Richter diesem wie nur immer Gestalt gewinnenden Tatsachenkomplex zuerkennt, in keiner Weise⁵³⁾. In der Rechtsanwendung ist der Richter grundsätzlich frei und an die Anträge und Anschauungen der Parteien nicht gebunden (iura novit curia); er hat das Recht und die Pflicht, das Vorbringen der Parteien unter jedem möglichen rechtlichen Gesichtspunkt zu prüfen (da mihi factum, dabo tibi ius)⁵⁴⁾.

Die Methode dieser Rechtsfindung ist jedoch eine andere als die im erstinstanzlichen Zivilprozeß. Dem Zivilrichter werden Tatsachen vorgetragen, aus denen er - gegebenenfalls unter Beweiserhebung - den Sachverhalt ermittelt. Diesen Sachverhalt subsumiert er unter den Tatbestand eines Rechtssatzes und spricht dessen Rechtsfolge in Form eines Urteils aus. Das Bundesverwaltungsgericht⁵⁵⁾ bewegt sich z. B. in diesem Verfahrensschema, wenn es die Zulässigkeit des Nachschiebens von Gründen damit zu rechtfertigen sucht, daß es weder auf die rechtliche noch auf die tatsächliche Begründung, sondern allein auf den Zweck des Verwaltungsaktes ankomme.

53) Rupp AöR 1960, 195

54) Rosenberg-Schwab S. 686
Blomeyer S. 84

55) BVerwGE 1, 13 und 1, 313

"Dem Verwaltungsrichter", so führt Menger jedoch aus⁵⁶⁾, "werden im Anfechtungsprozeß nicht nur Tatsachen vorgelegt. Er hat vielmehr über einen Sachverhalt zu entscheiden, welcher bereits auf Grund von Rechtsvorschriften gestaltet worden ist. Gegenstand seiner Urteilsfindung ist nicht der ursprüngliche Sachverhalt, sondern die unter Anwendung von Rechtssätzen erfolgte Gestaltung oder mindestens Bearbeitung jenes Sachverhalts durch das Staatsorgan". Er hat "die rechtserhebliche Arbeit der Verwaltungsbehörde und evtl. der Beschwerdeinstanz dahin zu überprüfen, ob sie mit der Rechtsordnung und deren einzelnen Sätzen in Einklang steht".

Der Grundsatz "jura novit curia", auf den verschiedentlich hingewiesen wird⁵⁷⁾, kann für die Frage des Nachschiebens von Gründen nur dann etwas besagen, wenn man sich dieses Unterschiedes bewußt bleibt.

II. Der Streitgegenstand

Die Zulässigkeit des Nachschiebens von Gründen ist, wie Lüke⁵⁸⁾ betont, eine Frage des Streitgegenstandes.

1) Die Streitgegenstandstheorien und ihre Bedeutung für das Nachschieben von Gründen

Dieser Begriff ist allerdings im Verwaltungsprozeßrecht nicht weniger bestritten als in der zivilprozessualen Literatur⁵⁹⁾.

56) Menger System S. 136

57) Reuß DVBl 1954, 595;
Koehler § 113 Anm. B IX 2 b;
Hübschmann-Hepp-Spitaler § 100 FGO Rdn 11.

58) Lüke-Zawar JuS 1970, 212

59) vgl. dazu insbes. Rosenberg-Schwab S. 456 ff mit weiteren Nachweisen.

a) Anspruch als Streitgegenstand

Es darf heute jedoch als herrschende Meinung⁶⁰⁾ bezeichnet werden, daß auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ein Anspruch, nämlich der auf Beseitigung des Verwaltungsaktes, inmitten steht. Zweifel bestehen nur daran, ob sich die Rechtskraft eines der Klage stattgebenden Urteils auch auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes erstreckt⁶¹⁾,

-
- 60) Naumann DVBl 1952, 696;
Bettermann DVBl 1953, 163 ff und 202 ff;
Rupp AöR 85, 313;
Schmidt DÖV 1962, 486 ff;
Lücke JuS 1967, 1 ff;
Obermayer S. 148;
Ule § 121 Anm. II 2 a,
Eyermann-Fröhler § 121 Rdn 10 c;
Henke S. 140;
Martens DVBl 1970, 263 ff;
Spanner Steuer und Recht, Bad. 23, S. 173 ff
Söhn VerwArch 60/75 ff

- 61) Naumann DVBl 1952, 696
Ule § 121 Anm. II 2 a:
"Jedoch ist aus § 42 Abs. 2 zu entnehmen, daß bei der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage die Rechtsbehauptung des Klägers, er werde durch den VA oder seine Ablehnung oder Unterlassung in seinen Rechten verletzt, Streitgegenstand ist."
Henke S. 140:
"Streitgegenstand ist darum in der Tat der behauptete Anspruch auf Unterlassung der mit dem Erlaß des VA getroffenen oder eingeleiteten Maßnahme. Wie nun aber mit Rücksicht auf den vorausgegangenen VA die Geltendmachung dieses Anspruchs als Gestaltungsklage behandelt wird und zu einem Gestaltungsurteil führt, so wird aus demselben Grunde die Frage der Gesetzwidrigkeit des VA, obwohl nur Vorfrage für den Anspruch des Klägers, mit Recht von der zuerst genannten Ansicht in den Streitgegenstand und damit in die Rechtskraftwirkung des Urteils einbezogen. Hier zeigt sich ein weiteres Element der Verwaltungskontrolle im Verwaltungsprozeß. Als Gerichtsverfahren hat der Verwaltungsprozeß die Rechtsbehauptung des Klägers zum Gegenstand, in der die Gesetzwidrigkeit des VA Vorfrage ist. Als Verwaltungskontrollverfahren, das er in einzelnen Beziehungen zugleich ist, hat der Verwaltungsprozeß auch die Gesetzwidrigkeit des VA zum Gegenstand. § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO (...) zeigt diesen Doppelcharakter des Urteils und damit des Streitgegenstandes deutlich, und auch § 42 (...) läßt ihn erkennen".

oder ob diese nur Vorfrage ist⁶²⁾, die "auch im Verwaltungsprozeß nicht durch die Rechtskraftbindung erfaßt wird"⁶³⁾. Der Streit, dessen praktische Bedeutung ohnehin gering ist⁶⁴⁾, berührt die Frage des Nachschiebens von Gründen nicht. Die Berechtigung der Behörde, deren Verwaltungsakt im Vorprozeß aufgehoben wurde, weil sich die angegebene rechtliche Begründung als nicht haltbar erwies, einen neuen Verwaltungsakt mit anderer Begründung zu erlassen, stellt niemand in Frage. Ob und wie weit die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes in einem weiteren Verfahren bindet, wird in der Praxis nicht aktuell, weil sich das Problem des Nachschiebens von Gründen immer nur dem Gericht stellt, das zuerst mit dem Rechtsstreit befaßt ist.

b) Der Einzelfall als Streitgegenstand

Es fällt indessen auf, daß die heute herrschende Ansicht über die Zulässigkeit des Nachschiebens von Gründen einer grundsätzlich anderen Vorstellung vom Wesen des Streitgegenstandes entspricht, die als Streitgegenstand des Verwaltungsprozesses den Einzelfall betrachtet, der durch den Verwaltungsakt geregelt wird. Nach dieser insbesondere von Niese⁶⁵⁾ vertretenen Meinung besteht das Hauptanliegen der Verwaltungsgerichtsbarkeit vor allem im Anfechtungsprozeß, darin, zum "Wohle und Gedeihen des Rechtsstaates selbst, im öffentlichen Allgemeininteresse die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, die rechtmäßige Hoheitsausübung als solche zu gewährleisten". Der durch den Verwaltungsakt rechtswidrig Betroffene erscheint, wenn er klagt, nur als "Sachwalter der Allgemeinheit". Die Klage und der Prozeß vor dem Verwaltungsgericht dient jedoch in erster Linie dem Schutze subjektiver Rechte des Bürgers gegen die Verwaltung⁶⁶⁾, der Staats-

62) Bettermann DVBl 1953, 165

63) Ule § 121 Anm II 2 a (S. 408)

64) Ule § 121 Anm II 2 a (S. 407)
Eyermann Fröhler § 121 Rdn 10 a
Redeker von Oertzen § 121 Rdn

65) JZ 1952. 353

66) Henke S. 141

bürger verfolgt seinen eigenen Anspruch, von der öffentlichen Gewalt nicht rechtswidrig beeinträchtigt zu werden⁶⁷⁾. Ein derartiger Streitgegenstandsbegriff setzte ferner ein rechtsmittelartiges Verfahren voraus, in dem die Streitsache von der Behörde an das Gericht zur vollen Überprüfung derogiert wird. Dies traf im gewissen Umfange auf das verwaltungsgerichtliche Verfahren in der Zeit vor der Generalklausel zu; z.B. versuchte Hatschek⁶⁸⁾ nachzuweisen, daß das PrOVG mit seiner Rechtsprechung zur sog. Konversion von Verwaltungsakten bewußt in den Ermessensbereich der Behörde eingriff. Seit dem Ende des 2. Weltkrieges ist jedoch die Trennung der Verwaltungsrechtspflege von der Verwaltung konsequent durchgeführt; die Vorstellung eines von der Verwaltungsbehörde zum Verwaltungsgericht durchlaufenden Instanzenzuges läßt sich damit nicht mehr vereinbaren⁶⁹⁾. Spanner führt im Zusammenhang mit dem gleichgelagerten Problem der Saldierung im finanzgerichtlichen Verfahren aus, jede Auffassung, die dazu führe, daß das Finanzgericht über den vom Kläger geltend gemachten Streitpunkt hinaus den ganzen Steuerfall aufrollen dürfte, mache die dem Kläger eingeräumte Befugnis zur Abgrenzung des Streit-

67) Naumann DVBl 1952, 696

68) Verwaltungsrecht 7. Aufl. S. 149 Anm. 1 und 2

69) Bettermann DVBl 1953, 203;

derselbe DVBl 1959, 309;

Zschacke NJW 1958, 1424;

Menger System S. 161;

Ule Lehrbuch S. 112:

"Streitgegenstand ist auch nicht der durch den Verwaltungsakt geregelte Sachverhalt. Denn die Anfechtungsklage ist nicht wie der Widerspruch als ein Rechtsmittel gegen den Verwaltungsakt anzusehen; außerdem braucht der Sachverhalt überhaupt nicht Gegenstand des zwischen den Beteiligten geführten Streites zu sein."

Rupp Grundfragen S. 157

Lüke JuS 1967, 1;

Martens DVBl 1970, 261

gegenstandes weithin bedeutungslos⁷⁰⁾.

2) Änderung des Streitgegenstandes durch Veränderung
der Identität des Verwaltungsaktes

Hat die Rechtsfindung nicht vom Sachverhalt, sondern vom Verwaltungsakt der Behörde auszugehen, so ist schon damit der juristischen Entdeckerfreude des Verwaltungsrichters eine Grenze gesetzt: "er hat mit seiner rechtlichen Arbeit die Wege eines anderen zu verfolgen"⁷¹⁾. Der Richter verläßt diesen Weg, wenn er dem zu prüfenden Verwaltungsakt eine rechtliche Konstruktion unterschiebt, die dessen Identität ändert⁷²⁾.

70) Steuer und Recht Bd. 23 S. 187;

a.A. jedoch BFH (Großer Senat) Beschl. v. 17.7.1967
BFHE 91, 393 = NJW 1968, 1948:

"Streitgegenstand im steuergerichtlichen Verfahren ist nicht das einzelne Besteuerungsmerkmal, sondern die Rechtmäßigkeit des die Steuer festsetzenden Steuerbescheides. Deshalb kann der BFH, wenn sich der Steuerpflichtige mit seiner Revision nur gegen die Versagung des Abzugs eines Gewerbeverlustes bei der Festsetzung des Gewerbesteuermeßbetrages wendet, gleichwohl prüfen, ob der Steuerpflichtige im Streitjahr einen Umwandlungsgewinn erzielt hat und zwar auch dann, wenn die Prozeßbeteiligten in dieser Richtung nichts vorgetragen haben".

Damit wird der gesamte Steuerfall zum Streitgegenstand des finanzgerichtlichen Verfahrens. Es trifft nicht zu, daß der BFH lediglich den im Verwaltungsprozeßrecht herrschenden Streitgegenstandsbegriff übernehme, wie in der Entscheidungsanmerkung (JuS 1968, 532) ausgeführt wird. Ebenso Kapp BayVBl 1970, 281

71) Menger System S. 136

72) Reuß DVBl 1954, 595:

"Im grundsätzlichen Ausgangspunkt ist die Problemlage hinsichtlich der Zulässigkeit des Nachschiebens bei tatsächlichen und rechtlichen Gründen gleich. Für beide Arten nachgeschobener Gründe kommt es darauf an, ob sie die Identität, das Wesen des VA ändern oder unberührt lassen. Möglich ist eine solche Identitätsänderung auch beim Nachschieben rechtlicher Gründe, wenn auch bei gleichbleibendem Sachverhalt die bloße Änderung rechtlicher Gesichtspunkte die Identität des VA in der Regel unberührt läßt.

a) Wesen des Verwaltungsaktes nicht allein vom
Verwaltungsbefehl abhängig

Die großzügige Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes hinsichtlich des Nachschiebens rechtlicher Gründe beruht auf der Prämisse, daß das Wesen eines Verwaltungsakts von seiner rechtlichen Begründung unabhängig sei⁷³⁾.

Ebenso hatte das OVG Münster erklärt, für die Verwaltungsbehörde sei das Wichtigste das Ziel, das sie erreichen will, nicht die rechtliche Begründung oder der Weg, auf dem sie dazu gelangt⁷⁴⁾. Jedoch kann und darf der Verwaltungsbefehl ("das Ziel") nicht Selbstzweck des Verwaltungshandelns sein. Auch eine im modernen Sinn gestaltende Verwaltung ist ihrem Wesen nach Rechtswendung.⁷⁵⁾ Daß diese, wie das OVG Münster ausführt, "hinter ihrem Ergebnis, der willensmäßigen Neugestaltung eines verwaltungsrechtlichen Tatbestandes zurücktrete, ist im Hinblick auf den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung unhaltbar. Nichts kann darüber hinweg-

73) BVerwGE 1, 13: es ist zu beachten, daß das BVerwG den Begriff Begründung in zweifachem Sinne gebraucht, als "Rechtsgrund" ("Deshalb wird durch die andere rechtliche Begründung, von Ausnahmen abgesehen, kein anderer Verwaltungsakt geschaffen, sondern nur derselbe Verwaltungsakt auf eine andere Grundlage gestellt") und als "Mitteilung des Rechtsgrundes an den Betroffenen": ("Ein Verwaltungsakt kann, soweit nicht gesetzlich etwa anderes bestimmt ist, auch ohne jegliche rechtliche Begründung erlassen werden".) In dem hier erörterten Zusammenhang kommt es nur auf die Begründung im erstgenannten Sinne an. Wieweit das Fehlen einer Begründung im letztgenannten Sinne die Rechtmäßigkeit berührt, wird an anderer Stelle ausgeführt.

74) Urt v. 3.4.1952 VRspr. 5, 157 = DÖV 1952, 761:
"Es kommt also grundsätzlich darauf an, ob die von der Verwaltungsbehörde getroffene Regelung selbst, also das Ergebnis ihrer Rechtsanwendung - der Verwaltungsbefehl - dem Recht entspricht, ob sie also eine ausreichende Rechtsgrundlage hat.

75) Forstthoff S. 85 Fußnote 2
Spanner DÖV 1958, 652: "... es ist zwar richtig, daß die Verwaltung von einem rein rechtsimmanenten Standpunkt aus nur als Gesetzesvollziehung angesehen werden kann, was auch für scheinbar kaum mehr rechtsgebundene Akte der Verwaltung gelten muß ..."
Beuster RiA 1956, 336: "Das Handeln der Verwaltung bewegt sich selbstverständlich im Rahmen des Rechtes".
Hamann: S. 45: "Aufgabe der Verwaltung im Rechtsstaat ist allein der Gesetzesvollzug.
ebenso Hamann-Lenz Anm.B 9 zu Art. 20 GG

täuschen, daß nach dieser Rechtsprechung nicht mehr "die unter Anwendung von Rechtssätzen erfolgte Gestaltung oder Bearbeitung jenes Sachverhalts" durch die Behörde, sondern der ursprüngliche Sachverhalt den Gegenstand der Urteilsfindung bildet.

Schütz⁷⁶⁾ führt - ganz im Sinne der Rechtsprechung des OVG Münster - aus, der Beurteilung auf evtl. Nichtigkeit oder Rechtswidrigkeit unterlägen nicht die Begründung oder einzelne Äußerungen und Feststellungen, die in der Begründung getroffen werden. Bereits bei Ermessensentscheidungen zeigt es sich, daß dies nicht zutrifft. Die fehlerhafte Ausübung des Ermessens führt zur Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes, auch wenn das Ergebnis - bei fehlerfreier Ermessensbetätigung - gleich bleibt. Ein abstrakter, von der rechtlichen und tatsächlichen Grundlage losgelöster Verwaltungsakt ist, wie Lerche⁷⁷⁾ ausführt, begriffswidrig. Der Verwaltungsakt darf nicht mit seinem "Tenor" damit dem in ihm enthaltenen Befehl oder der sonst in ihm enthaltenen Anordnung gleichgesetzt werden⁷⁸⁾.

76) Ebenso Schütz MDR 1954, 459:

"Der Verwaltungsakt ist eine für den Empfänger verbindliche Willensäußerung der Behörde zur Sache, die in seinen Rechtskreis eingreift. Bei ihm tritt die Rechtsanwendung, insbesondere im Vergleich zum Urteil, in den Hintergrund gegenüber der Gestaltung eines verwaltungsrechtlichen Tatbestandes, die nicht unbedingt Rechtsnormvollziehung sein muß. Maßgebend für seine verwaltungsgerichtliche Nachprüfung kann demnach nur der "Verfügungssatz sein, d.h. der Ausspruch dessen, was ist bzw. was geschehen, gestattet oder verboten sein soll und zwar mit dem Inhalt bei Beendigung des Verwaltungszuges und dem erklärten Wortlaut".

77) NJW 1953, 1898

78) So z.B. Eyermann-Fröhler § 113 Rdn 23

(jedoch ohne nähere Begründung);

anders jedoch BVerwG Urt v. 28.8.1958 (IV C 41/64)

zitiert bei Kellner MDR 1968, 968:

"Ohnehin gilt bei Verwaltungsakten die Unterscheidung zwischen Tenor und Gründen nicht in gleicher Weise wie bei Urteilen".

b) Konkretisierung des Verwaltungsaktes erst
durch den Sachverhalt.

"Zur Verfügung gehört vielmehr außer ihrem aktiven Teil, außer ihrer Befehlsspitze, auch die innere Bezogenheit auf den intendierten Sachverhalt⁷⁹⁾. Dieser wird nicht nur durch das Nachschieben von Tatsachen⁸⁰⁾, sondern auch durch den Wechsel der rechtlichen Begründung verändert. Jeder recht-⁸¹⁾liche Gesichtspunkt intendiert einen spezifischen Sachverhalt

79) Reuß JW 1938, 3323:

"Die bloße Kongruenz des Befehlsgehalts ohne Identität des zugrunde liegenden Sachverhaltes ist nicht imstande, die Identität der Verfügung, die Gleichheit oder Nämlichkeit des Verwaltungsaktes zu bewirken."

Reuß DVBl 1954, 595:

"Der VA stützt sich von selbst auf den Unterbau von tatsächlichen Umständen und rechtlichen Vorschriften, die die objektive Grundlage seines Ergehens gewesen sind".

WürttBadVGH Urt v. 5.8.1947 AÖR 1948, 374:

"Es entspricht nicht dem geltenden Recht, daß es für die Frage der Rechtswirksamkeit eines Verwaltungsaktes nicht darauf ankomme, auf welche Rechtsvorschrift er gestützt ist. Denn ein Verwaltungsakt ist kein Urteil. In dem Tenor eines Urteils bestimmt sich die vorhandene Rechtslage nach den vorhandenen Rechtsnormen überhaupt und das Gericht kann ihm auch eine andere Rechtsnorm zugrunde legen als diejenige, auf die sich eine Partei berufen hat. Dagegen hängt es bei der Gestaltung des Einzelfalles durch einen rechtsändernden Verwaltungsakt durchaus von dem Ermessen der Verwaltungsbehörde ab, ob sie von einer Befugnis, die ihr ein bestimmtes Gesetz einräumt, Gebrauch machen will oder nicht."

Kellner MDR 1968, 968:

"Die Ablehnung einer Genehmigung ist praktisch ein feststellender VA. Sein Inhalt ist unter Heranziehung seiner Begründung zu ermitteln."

80) Vgl. dazu insbes. Lerche NJW 1953, 1899:

"Ferner werden auch überaus häufig die neuen tatsächlichen Gründe in Form von Rechtsausführungen vorgetragen. Die rechtliche Einkleidung ist dann nichts anderes als ... ein rechtlicher Name, eine kurze klammerartige Bezeichnung für eine Folge tatsächlicher Umstände".

Derselbe aaO Fußnote 28:

"Hierher gehört vielleicht sogar der überwiegende Teil aller Fälle neuen Vorbringens".

81) Kuchinke JuS 1967, 301;
Ule DVBl 1959, 542

Das Gesetz bestimmt Zweck und Mittel des behördlichen Handelns, Aufgabe und Befugnis. Der "Gesetzeszweck" ist von Fall zu Fall verschieden, selbst wenn die Mittel⁸²⁾, die der Behörde gegeben werden, die nämlichen sind. Dies liegt ohne weiteres auf der Hand, wenn man - von der Rahmengesetzgebung des Bundes abgesehen - die Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Ländern - die reine Aufgabenverteilung ist - ins Auge faßt⁸³⁾. Das Bundesbaugesetz weist der Behörde andere Aufgaben zu als die landesrechtliche Bauordnung⁸⁴⁾.

Das gilt aber ebenso, wenn der gleiche Hoheitsträger Normen verschiedenen Inhalts erläßt: nur sind die Unterschiede in der jeweiligen Aufgabenzuweisung dann zuweilen subtiler. Mit jedem Verwaltungsakt erfüllt die Verwaltungsbehörde einen spezifischen Gesetzeszweck. Bildhaft gesprochen stellt dieser eine von der jeweiligen Norm ausgehende Gerade dar; der Befehl des Verwaltungsaktes ist ein Punkt. Darf der Verwaltungsrichter, wie es Menger anschaulich darstellte, nur die Wege eines anderen (der Behörde) verfolgen, so ist er auf die Prüfung beschränkt, ob man auf der von der Behörde bezeichneten Geraden zu dem von ihr angegebenen Punkte gelangen kann, nicht aber ob man dahin auch auf einer anderen von einer anderen Norm ausgehenden Geraden kommen könnte. Die Entscheidung, welche Aufgabe sie erfüllen (auf welcher Geraden sie sich bewegen) will, ist eine Ermessensentscheidung der Behörde; in diese darf das Ge-

82) Freilich wird ein und dasselbe Mittel nicht gleich geeignet zur Erfüllung verschiedener Aufgaben sein (vgl. hiezu Jellinek Gesetz S. 351).

83) Aus diesem Grunde kann es nicht gleichgültig sein, ob eine bundesrechtliche Rechtsgrundlage durch eine landesrechtliche ersetzt wird und umgekehrt; vgl. dazu BVerwG Urt vom 8.5.1958 BVerwGE 7, 17

84) BVerfG Rechtsgutachten vom 16.6.1959 BVerfGE 3, 407

richt nicht eingreifen⁸⁵⁾. Weil die verschiedenen Gesetzeszwecke verschiedene Lebenssachverhalte regeln, bedingt das Nachschieben einer anderen Rechtsgrundlage eine Veränderung des dem Verwaltungsakt zugrunde liegenden Sachverhaltes⁸⁶⁾ und sei es nur, daß die einzelnen Elemente des Sachverhaltes mit verschiedener Wertigkeit zueinander in Beziehung gesetzt werden. Das Nachschieben einer Rechtsgrundlage, die einen anderen Gesetzeszweck verfolgt, berührt daher immer auch die Identität des Verwaltungsaktes⁸⁷⁾.

85) Fischers Zeitschrift S. 23

Pappenheim verdeutlicht dies an der oben bereits erwähnten Entscheidung des Sächs. OVG über die Beseitigung eines Misthaufens. Der Polizei lag an sich gar nichts daran, daß der Misthaufen entfernt werde, sondern sie wollte gegen die Verseuchung des Grundwassers einschreiten, und zu diesem Zwecke schien ihr die Entfernung des Misthaufens das geeignete Mittel. Da das Gericht die Gefahr der Verunreinigung verneinte, hätte es die Verfügung aufheben müssen. "Nun aber vergaß das Gericht, daß der eigentliche Zweck der Verfügung die Bekämpfung der Seuchengefahr war und hielt das Mittel - die Entfernung des Misthaufens - für den Zweck der Verfügung. Es überlegte jetzt, ob dieser Zweck nicht auch auf andere Weise zu erreichen sei und dabei fiel ihm ein, daß ein Misthaufen eine Brutstätte für Ungeziefer ist. Also war der Misthaufen zwar nicht als Veranreiniger des Grundwassers, aber als Brutstätte des Ungeziefers zu entfernen und die polizeiliche Verfügung unter diesem Gesichtspunkt aufrecht zu erhalten; damit aber wurde das Wesen des Verwaltungsaktes verändert.

86) vgl. Hufnagl Anm. zu § 45 S. 200;

ReuB DVBl 1954, 595

Hess VGH Urt v. 3.11.1954 ESVGh 4, 17 (19):

87) Pappenheim(Fischers Zeitschrift 60, 34 behandelt dies folgerichtig unter dem Gesichtspunkt der Konversion (im Sinne des § 140 BGB), weil damit eben die Identität des Verwaltungsaktes verändert wird.

Bayer VGH DV 1949, 72

WürttBad VGH VRspr 1, 50

ebenso Schack DVBl 1952 320 (am Ende)

Bender DVBl 1957, 279: "Es ist daher zumindest nicht ganz zweifelsfrei, ob nicht doch der Übergang von einem Zweck auf einen anderen, nämlich von der Abwehr der an erheblich durch die Doppelbenutzung erhöhten Betriebsgefahr auf die Abwehr der ganz anders gearteten "Konstruktionsgefahr" das Wesen des Verwaltungsakts verändert, obwohl er sich nach wie vor als ordnungsamtliche Verfügung darstellt".

Ebenso Lücke Jus 1967, 67: "Der rechtliche Gesichtspunkt, der nach dem erklärten Willen der Behörde den VA tragen soll, gibt diesem das Gepräge; seine Änderung verschiebt regelmäßig die Grenzen des Tatsachensubstrats und hebt damit im Falle des Prozesses die Identität des Klagegrundes auf.

Fortsetzung s. nächste Seite.

Identität des Streitgegenstandes

Die Fälle, in denen Gründe nachgeschoben werden, ohne daß das Wesen des Verwaltungsaktes berührt wird, sind danach seltener als insbesondere in der Rechtsprechung⁸⁸⁾ angenommen wird. Nicht berührt wird die Identität des Verwaltungsaktes, wenn die Behörde Umstände anführt, auf die sie sich zwar nicht ausdrücklich berufen hat, die aber gleichwohl - wenn auch unausgesprochen - für das Vorgehen der Behörde maßgeblich gewesen sind. Es handelt sich hier um die Klarstellung wirklich kausal gewesener tatsächlicher Umstände⁸⁹⁾, "latenter Gründe" ⁹⁰⁾.

Auch das Nachschieben einer anderen rechtlichen Begründung führt nicht unbedingt zur Änderung des Verwaltungsaktes. So kann, wenn die Beseitigung einer Anlage "fälschlicherweise auf Art. 5 PAG gestützt wurde, die richtige Rechtsgrundlage des Art. 78 LStVG nachgeschoben werden⁹¹⁾; denn die Aufgabe der Behörde, der Zweck ihres Einschreitens und das Ziel des Verwaltungsaktes bleiben gleich. Ähnlich liegt der Fall, wenn sich die Behörde zur Beseitigung eines Schwarzbaues zunächst auf eine nicht wirksam veröffentlichte⁹²⁾ Landschaftsschutzverordnung berief, im Prozeß jedoch die Begründung nachschiebt, das Bauvorhaben beeinträchtige die Eigenart des Land-

noch Fußnote 87)

Nur die in Anlehnung an materiellrechtliche Kategorien vorgenommene Grenzziehung bietet taugliche Kriterien. Sie stellt freilich keine Patentlösung dar; vielmehr muß jeder Fall sorgfältig betrachtet werden. Die dadurch gewonnene verhältnismäßig enge Begrenzung des Sachverhaltes dient sowohl der Rechtssicherheit des Bürgers, nämlich durch Einschränkung des Nachschiebens von Gründen, als den öffentlichen Interessen, indem der Umfang der Rechtskraft nicht die Tätigkeit der Verwaltungsorgane blockiert".

88) Von wenigen Ausnahmen abgesehen (vgl. oben S. 33) begnügen sich die Gerichte mit der Feststellung, daß das Nachschieben von Gründen nicht das Wesen des Verwaltungsaktes verändern dürfe; offensichtlich weil sie glauben, daß dies die Ausnahme sei, prüfen sie dann aber nicht, ob eine Identitätsänderung tatsächlich vorliegt.

89) Reuß JW 1938, 3324;
Lerche NJW 1953, 2898:
"Keine Änderung der konkreten Form des Verwaltungsaktes ist die bloße Ergänzung (= Ausfüllung) des Tatsachenkomplexes".

90) Reuß DVBl 1954, 595

91) Obermayer S. 79

92) vgl. dazu BVerwG Urt v. 27.1.1967 BVerwGE 26, 129

schaftswildes und sei deshalb nach § 35 BBauG unzulässig.^{93) 94)}

Durch das Nachschieben von Rechtsgründen wird die Identität des Verwaltungsaktes und damit der Streitgegenstand also nicht nur dann verändert, wenn der Ausspruch (Tenor) des Verwaltungsaktes nach seinem Wortlaut oder materiell im Inhalt⁹⁵⁾ ein anderer wird, sondern auch, wenn die als Rechtsgrundlage nachgeschobene Norm einen anderen Gesetzeszweck erfüllt als die sursprüngliche.

93) OVG Münster OVGE 6, 144

94) Mit feinem Rechtsgefühl unterscheidet auch das LVG Rheinland Pfalz in seinem Urteil vom 12.12.1950 DÖV 1951, 591: "Der Gemeinderat einer Gemeinde hatte beschlossen, die ihr zustehenden Einnahmen aus einem Spielkasino sollten je zur Hälfte auf ihre Konten bei der Raiffeisenbank und bei der Kreissparkasse überwiesen werden. Der Bürgermeister weigerte sich, den Beschluß zu vollziehen, weil sich aus § 44 KuRVO vom 2.11.1938 die Verpflichtung ergebe, alle Gelder auf die Kreissparkasse zu überweisen. Der Landrat untersagte die Ausführung des Beschlusses als gesetzwidrig. Das LVG lehnte die vom Bürgermeister vertretene Rechtsansicht ab, prüfte dann aber, ob der Gemeinderatsbeschluß nicht aus anderen Gründen (z.B. weil er als einfaches Geschäft der laufenden Verwaltung der Zuständigkeit des Bürgermeisters obliege) rechtswidrig war. Es führt aus: "Die Rechtsprechung geht allerdings dahin, daß das VG nicht berechtigt ist, einen auf eine bestimmte Rechtsnorm gestützten VA dadurch abzuändern, daß es ihm eine andere Rechtsgrundlage gibt (DV 1949, 72 VRspr 1949, 50). Der vorliegende Fall liegt aber anders. Gegenstand des Streites ist die Frage, ob der Beschluß der Gemeindevertretung rechtswidrig ist und ob damit die Voraussetzungen des § 37 GO erfüllt sind ... Bei dieser Prüfung ist der Gerichtshof nicht an die in der Begründung enthaltenen Rechtsausführungen gebunden, auf die der Landrat bzw. der Bürgermeister ihre Ansicht stützen, daß die Voraussetzungen des § 37 vorliegen. Vielmehr ist der Gerichtshof nach dem im Verwaltungsstreitverfahren herrschenden Grundsätzen verpflichtet, die gesamte Sach- und Rechtslage aufzuklären und hiernach seine Entscheidung zu fällen. Die Aufgabe des VG ist somit höchstens insoweit begrenzt, als es nicht zu untersuchen hat, ob der Beschluß der Gemeindevertretung auf Grund einer anderen Gesetzesbestimmung hätte beanstandet werden können."

95) Vgl. Bayer VGH ZMR 1953, 91;

WürttBad VGH ÖV 1949, 177:

"Das durch die Einweisung auf Grund des Wohnungsgesetzes begründete privatrechtliche Dauernutzungsverhältnis würde durch das Nachschieben des RLG zu einem öffentlich rechtlichen Nutzungsverhältnis werden" Vgl. dazu Menger System S. 175

III. Das Problem der Konversion

Erweist sich das Nachschieben von Gründen nach der hier vertretenen Ansicht weitgehend als unzulässig, weil dabei die Identität des Verwaltungsaktes verloren geht, so drängt sich die Frage auf, ob der nämliche Vorgang nicht unter dem Gesichtspunkt der Konversion gerechtfertigt erscheint. Wie bereits ausgeführt⁹⁶⁾, werden beide Rechtsinstitute gerade dadurch unterschieden, daß bei dem einen die Identität des Verwaltungsaktes gewahrt bleibt, bei dem anderen nicht. Je großzügiger die Praxis bisher hinsichtlich des Nachschiebens von Gründen verfuhr, umso mehr verlor die Frage der Umdeutung an Erheblichkeit. So sind aus der neueren Zeit keine Gerichtsentscheidungen zur Konversion bekannt, während sich die Gerichte vor den beiden - für sie jedenfalls - klärenden Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichtes zum Nachschieben von Gründen⁹⁷⁾ mehrfach mit dem Problem auseinandersetzen⁹⁸⁾. Die geringe praktische Bedeutung mag auch die Ursache dafür sein, daß Zweifel an ihrer Zulässigkeit im heutigen Schrifttum nicht zu bestehen scheinen⁹⁹⁾.

Die oben aufgeworfene Frage läßt sich zunächst klar beantworten, wenn die Behörde im Prozeß durch das Vorbringen neuer (zwar bei Erlaß des Verwaltungsaktes bereits vorhandener) Tatsachen die Basis ihrer Entscheidung erweitert. Eine Konversion scheidet hier aus, weil sie - wenn überhaupt - nur stattfindet, soweit der Tatsachenkomplex, auf Grund dessen der

96) vgl. Teil I Kap.1

97) BVerwGE 1, 13; 1, 311

98) LVG Düsseldorf DVBl 1952, 318;

OVG Münster DÖV 1952, 760; DÖV 1953, 508

Hess VGH ESVGh 2, 17;

OVG Rheinl.-Pfalz AS RhPf 4, 97

Württ.-Bad VGH DVBl 1951, 416; DÖV 1949, 177; Bayer VGH 1949, 177

OVG Lüneburg ZMR 1952, 15;

LG Osnabrück DV 1948, 39;

LVG Rh.-Pf. DÖV 1951, 591 vgl. in neuerer Zeit allenfalls

OVG Münster Urt v. 8.11.1961 CVGE 17, 155

VGH Mannheim Urt v. 1.7.1963 ESVGh 13, 185 f

99) Redeker von Oertzen § 108 Rdn 37; Ule § 108 Anm. IV 2;

Ule Verwaltungsprozeßrecht S. 205; Landmann-Giers-Proksch S. 106

(einschränkend für Ermessensentscheidungen) Eyermann-Fröhler

Anh. § 42 Rdn. 17

Verwaltungsakt erlassen worden ist, unverändert bleibt¹⁰⁰⁾.

Wie verhält es sich aber mit den Fällen, in denen "zwar nur" die rechtliche Begründung des Verwaltungsaktes, damit aber auch seine Identität verändert wird.

Es muß bezweifelt werden, daß ein Vorgang, der unter dem Gesichtspunkt des Nachschiebens von Gründen verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet, unter dem Vorzeichen der Konversion ohne weiteres zulässig sein sollte. Für die Anwendung des in § 140 BGB enthaltenen Rechtsgedankens im öffentlichen Recht wird vor allem ins Feld geführt, daß Verwaltungsakte die Vermutung der Rechtmäßigkeit für sich hätten und daher aus Gründen der Staatsautorität¹⁰¹⁾ nach Möglichkeit aufrecht zu erhalten seien¹⁰²⁾. Das Argument der Staatsautorität ist angesichts unserer heutigen rechtsstaatlichen Vorstellungen nicht mehr überzeugend. "Autoritäre Entscheidungen der Verwaltung, sie mögen nach Sach- und Rechtslage noch so richtig sein, entsprechen dem Stil einer demokratischen Verwaltung nicht" ¹⁰³⁾. Dies hat bei der Umdeutung auch das Gericht zu berücksichtigen.

In erster Linie fußen die rechtlichen Bedenken auf dem Grundsatz der Gewaltenteilung. Die Konversion ist, ihre Zulässigkeit einmal unterstellt, eine Pflicht des Richters, nicht vom Antrag der Parteien abhängig. "Denn wenn man die Anwendung der Konversion in die Hand der Parteien legte, dann würde lediglich bei ihnen die Entscheidung darüber liegen, ob sie

100) Lerche NJW 1953, 1897 1898;
Schack DVBl 1952, 319;

101) Klinger § 108 Anm.F S. 403 f,
Schütz MDR 1954, 460

102) Menger ZBP 1952, 37; System S. 177

103) Ule Verwaltungsreform S. 64

bei Kenntnis der Ungültigkeit den entsprechenden Akt gewollt haben würden. Die Konversion verlangt aber gerade, daß vom unparteiischen Standpunkte aus festgestellt wird, ob das anzunehmen ist¹⁰⁴⁾. Speziell der Behörde ist zuzumuten, daß sie (statt von sich aus umzudeuten¹⁰⁵⁾ aus Gründen der "Klarheit und Eindeutigkeit behördlicher Willenserklärungen"¹⁰⁶⁾ einen als fehlerhaft erkannten Verwaltungsakt aufhebt und gegebenenfalls durch einen neuen ersetzt.

Das Gericht aber, dessen Tätigkeit mit der Aufhebung des Verwaltungsaktes abgeschlossen ist¹⁰⁷⁾, greift durch die Umdeutung in die Funktionen der Verwaltung ein. Da Konversion nicht Auslegung dessen, was die Behörde wollte, sondern Ermittlung eines fiktiven Willens der Behörde¹⁰⁸⁾ bedeutet, - auch wenn es u.U. der Behörde nicht gefällt¹⁰⁹⁾ - zieht der Richter dabei Aufgaben an sich, die ursprünglich der Verwaltung zustehen und bei deren Erfüllung die Verwaltung dem Staatsbürger funktionelle Sicherheiten bietet.

Ein letztes Argument muß gegen die Umdeutung im Verwaltungsprozeß angeführt werden: Die Umdeutung ist im Zivilprozeß lediglich eine juristische Vorfrage für die Entscheidung des Gerichtes, sie berührt den Streitgegenstand nicht. Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren dehnt das Gericht

104) Pappenheim S. 37

105) was Jellinek JZ 1952, 535, für zulässig zu halten scheint.

106) LVG Düsseldorf DVBl 1952, 317

107) vgl. Schütz MDR 1954, 461

108) Pappenheim S. 29:

"Nicht" Auslegung eines vorhandenen staatlichen Konversionswillens, sondern Fiktion eines nicht vorhanden gewesenen, ist also erforderlich. Denn es braucht nicht nur kein dem fingierten Willen entsprechender tatsächlicher Wille vorhanden gewesen sein, sondern er d a r f nicht vorhanden gewesen sein.

109) siehe nächste Seite.

den Streitgegenstand durch die Konversion zuungunsten des Klägers erheblich aus; es ersetzt den fehlerhaften Verwaltungsakt durch einen fingierten anderen und prüft sodann dessen Rechtmäßigkeit. Mit Recht führt Jellinek in seiner Anmerkung zu der bereits erwähnten Entscheidung des LVG Düsseldorf¹¹⁰⁾ aus, es sei "klar, daß das VG nicht von sich aus umdeuten durfte". Auch Schack betont, daß das Nachschieben von Gründen auch unter dem Gesichtspunkt der Konversion nicht zulässig sei, wenn es gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung verstoße¹¹¹⁾.

109) Pappenheim S. 37:

"Aber ob er annehmen will, daß bei Kenntnis der Ungültigkeit der entsprechende Akt gewollt sein würde, das liegt ganz allein bei ihm, und in dieser richterlichen Überzeugung darf er nicht von dem Willen der Partei abhängig sein. Wenn er zu der Annahme gekommen ist, dann muß er konvertieren, auch wenn es den Parteien nicht gefällt; denn sein Urteil soll feststellen, was damals die Parteien gewollt haben würden, nicht was sie zur Zeit des Rechtsstreites wollen."

110) JZ 1952, 535

111) DVBl 1952, 320

C. Prozessuale Folgen des Nachschiebens von Gründen
durch die Behörde

Das Problem des Nachschiebens von Gründen wurde im Rahmen dieses Kapitels bisher in erster Linie aus dem Blickwinkel des Gerichts (Untersuchungsmaxime, Streitgegenstand) erörtert. Es ergibt sich nun - aus der Sicht der Prozeßbeteiligten - die Frage, wie weit die Stellung der beklagten Behörde im Prozeß ein Nachschieben von Gründen rechtfertigt.

In der ersten Entscheidung, in der es sich mit der Frage befaßte, betonte das Bundesverwaltungsgericht¹¹²⁾, es handle sich um "den einfachsten Fall, weil nur Rechtsgründe, nicht Tatsachen neu vorgebracht werden und sie nur "nachgeschoben", nicht von Gerichts wegen berücksichtigt sind. Auch in der Folgezeit unterschied das BVerwG darnach, ob das Gericht den Verwaltungsakt mit anderer Begründung aufrecht erhält oder ob die Behörde ihrerseits diese Gründe nachschiebt.

Umso erstaunlicher ist es, daß die Literatur diese Differenzierung zwar hinnimmt¹¹³⁾, aber niemals darnach fragt, worin die Unterschiede liegen und wie sie zu begründen sind. Der Grund hierfür dürfte zuerst in einer verfahrensrechtlichen Überlegung zu suchen sein, die bei Ziemer - Birkholz¹¹⁴⁾ besonders deutlich erkennbar wird: Wegen des Untersuchungsgrundsatzes hat das Ge-

112) Urt v. 24.9.1953 BVerwGE 1, 12
113) etwa Ruckriegel, Polizei 1960, 307,
der zwar einleitend betont, daß "das Nachschieben von Gründen entweder durch die Behörde oder durch das Gericht erfolgen" kann, im übrigen aber nicht weiter darauf eingeht, inwieweit hier Unterschiede bestehen.
Schütz MDR 1954, 459 erwähnt diese Differenzierung nicht einmal; die Kommentare behandeln sie nur am Rande,
vgl. Redeker von Oertzen § 108 Rdn 30,
Ule § 108 Anm. IV 1,
Koehler § 113 Anm. B IX 2 b.
Ausführlicher lediglich Lerche NJW 1953, 1899:
"Steht nach dem Gesagten fest, daß entgegen verbreiteter Anschauung ein Nachschieben grundsätzlich zulässig ist, so erhellt doch gleichzeitig, daß das Gericht hier nicht selbst - anders grundsätzlich beim Nachschieben bloßer Rechtsgründe - nachschieben darf."

114) § 100 FGO Rdn 40

richt zu ermitteln, ob ein Verhalten der Verwaltungsbehörde rechtswidrig oder rechtmäßig ist und hat alle - also auch durch den Vortrag der Parteien - ihm bekannt werdenden tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte zu berücksichtigen. Es bleibt also im Ergebnis gleich, ob die Behörde nachschiebt oder das Gericht ermittelt. In der Tat sind der Behörde keine engeren Grenzen gesetzt als dem Gericht. Der Streitgegenstand bestimmt für beide das Ziel des Prozedierens. Für das Gericht bedeutet dies eine absolute Schranke (§ 88 VwGO); die Parteien aber können den Umfang des Prozesses unter den Voraussetzungen der § 91 VwGO durch Klageänderung erweitern und einengen oder das Verfahren durch Klagerücknahme (§ 92 VwGO) bzw. dadurch, daß sie die Erledigung der Hauptsache¹¹⁵⁾ herbeiführen, beenden.

I. Klageänderung

Ist Streitgegenstand im Anfechtungsprozeß die Behauptung des Klägers, daß ihm in diesem Verfahren auf Grund seines tatsächlichen Vorbringens - weil der VA rechtswidrig sei - ein Recht auf Aufhebung eines bestimmten Verwaltungsaktes zustehe¹¹⁶⁾, so obliegt auch die Änderung dieses Streitprogrammes nur dem Kläger, nicht der begklagten Behörde. Davon geht, ohne es ausdrücklich zu betonen, § 91 Abs. 1 VwGO aus;¹¹⁷⁾ das Nachschieben von Gründen, das die Identität des Verwaltungsaktes berührt und damit zu einer Änderung des Streitgegenstandes führt, bleibt für den Prozeß solange unerheblich, als der Kläger sich darauf nicht durch Klageänderung einläßt.

Zschacke¹¹⁸⁾ glaubt, "angesichts der Besonderheiten des Anfechtungsverfahrens, in welchem sich ein durch einen Verwaltungsakt Betroffener gegen die Maßnahmen der Behörde wehrt, erscheine es zulässig und geboten, auch das nachträgliche Vorbringen des Beklagten nach den prozessualen Vorschriften über

115) Eyermann Fröhler § 113 Rdn 39

116) Lerche NJW 1953, 1898

117) Ule § 91 Anm I

118) NJW 1954, 415

die Klageänderung zu behandeln. Bedeute das Nachschieben von Gründen eine Veränderung des der bisherigen Klage zugrunde liegenden Sachverhalts, dürfe es nur zugelassen werden, wenn es - nicht zuletzt unter Berücksichtigung der Belange des Klägers - sachdienlich sei". Daß der Streitgegenstand durch den Beklagten sollte verändert werden können, wie Zschacke es vorschlägt, dürfte schon in der Zeit vor dem Inkrafttreten des VwGO nicht der herrschenden Ansicht¹¹⁹⁾ entsprochen haben und ist heute mit § 91 Abs.1 und 2 VwGO unvereinbar. Auch wenn die Konkretheit des zum Streitgegenstand gehörenden Verwaltungsaktes von der Verwaltungsbehörde festgelegt wird¹²⁰⁾, folgt daraus nicht, daß der durch die Klageerhebung fixierte Streitgegenstand zu ihrer Verfügung stünde. Das Prozeßrisiko würde dadurch in unvertretbarer Weise dem Kläger aufgebürdet. Die Überlegung, daß diese Klageänderung durch die Beklagte unter besonderer Berücksichtigung der Belange des Klägers nur zugelassen werden dürfe, wenn sie sachdienlich sei, trägt dem nicht hinreichend Rechnung.

119) Hufnagl Anm. zu §§ 77 VGG, 67-69 VO Nr. 165
Eyermann Fröhler VGG § 96 Anm. I 2

120) Lücke JuS 1967, 6:

"Die Besonderheit der Anfechtungsklage, daß sich der Kläger materiell in der Verteidigerposition befindet, wirkt sich zwangsläufig auch auf die Tatsachenseite des Streitgegenstandes aus. Der angefochtene Verwaltungsakt hat nicht nur Bedeutung für die Individualisierung des Klagebegehrens, sondern er indiziert zugleich den Sachverhalt, der Gegenstand des Prozesses ist. Mit der Angabe des Verwaltungsaktes, gegen den sich die Klage richtet, bezeichnet der Kläger bereits den Klagegrund. Dieser ist identisch mit dem durch den angefochtenen Verwaltungsakt geordneten konkreten Lebenssachverhalt. Der Kläger kann sich folglich nicht den Klagegrund aussuchen; er ist dabei insofern von der Verwaltungsbehörde abhängig, als er sich gegen einen Verwaltungsakt wendet, der seinerseits einen konkreten Sachverhalt zum Gegenstand hat."

Das läßt sich auch nicht mit dem Hinweis rechtfertigen¹²¹⁾, der Rechtsfrieden gebiete es, daß der Streitfall möglichst in diesem anhängigen Verwaltungsstreitverfahren endgültig entschieden wird¹²²⁾. Daran ist in erster Linie der Staatsbürger interessiert; ihm ist es daher vorbehalten, die Klage entsprechend umzustellen. Solange dies nicht geschieht, darf der Entscheidung des Gerichts nur der ursprüngliche Verwaltungsakt zugrunde gelegt werden¹²³⁾. Das Gericht muß also, wenn sich herausstellt, daß die klägerischen Behauptungen in bezug auf diesen VA schlüssig sind und zu Recht bestehen - und nur dann wird unser Problem regelmäßig akut - diesen ursprünglichen VA aufheben¹²⁴⁾.

121) Beuster, RiA 1956, 339, dessen Ausführungen im übrigen jedoch nicht klar zu entnehmen ist, welcher Ansicht er selbst anhängt:

"Vielfach wird die Meinung vertreten, daß es sich beim Nachschieben um eine Klageänderung handelt. Eine solche ist nur zulässig, wenn der Beklagte einwilligt oder das Gericht sie für sachdienlich hält. Entsprechendes muß dann auch für den Kläger gelten, wenn die beklagte Behörde ihren Verwaltungsakt ändert (vgl. dazu Zschacke in NJW 1954, 413 ff). Diese Auffassung dürfte aber zu weit gehen. Sicherlich soll ein VA nicht um jeden Preis aufrechterhalten werden, aber der Rechtsfrieden gebietet es, daß der Streitfall möglichst in diesem anhängigen Verwaltungsstreitverfahren endgültig entschieden wird. Sonst hätte die Behörde die Möglichkeit, nach Beendigung dieses Prozesses einen neuen Verwaltungsakt zu erlassen, eben mit anderer Begründung oder unter Bezugnahme auf andere Bestimmungen, wie denn auch in § 96 SGG vorgesehen ist, daß ein neuer Verwaltungsakt der den alten ersetzt oder abändert, Gegenstand der Klage bzw. Berufung wird."

122) BVerwGE 1, 14

123) OVG Münster Urt v. 8.3.1966 DÖV 1966, 726
das insbesondere die analoge Anwendung der §§ 96 SGG
und 68 FGO ablehnt

124) Lerche NJW 1953, 2898

II. Rechtsschutzbedürfnis

Lerche vertritt die Ansicht, das Nachschieben von Gründen durch die Behörde könne zum Wegfall des Rechtsschutzbedürfnisses des Klägers führen. Dieser werde des öfteren kein anzuerkennendes Interesse an der Aufhebung eines Verwaltungsaktes haben, wenn im Aufhebungsfalle ein neuer Verwaltungsakt mit genau dem gleichen Befehlsinhalt in Erscheinung träte. Den Verlust des Rechtsschutzinteresses nimmt Lerche z.B. an, wenn in dem Vorbringen der Behörde zugleich die Zurücknahme des ursprünglichen Verwaltungsaktes liegt oder wenn in dem neuen Vorbringen bereits der Erlass des neuen Verwaltungsaktes zu sehen ist.

1) Nachschieben von Gründen als ausdrückliche oder stillschweigende Rücknahme des ursprünglichen VA

Es bedarf keiner besonderen Ausführungen, daß mit der Rücknahme des Verwaltungsaktes in der Regel¹²⁵⁾ die Beschwerde und damit das Rechtsschutzinteresse des Klägers entfällt¹²⁶⁾. Die Rücknahme des Verwaltungsaktes braucht nicht ausdrücklich zu geschehen, sie kann im Einzelfall auch stillschweigend erfolgen; doch sind hier aus Gründen der Rechtssicherheit strenge Maßstäbe anzulegen¹²⁷⁾. Was hinsichtlich der Bestimmtheit¹²⁸⁾ für den Verwaltungsakt selbst gilt, muß auch für den actus contrarius gelten. Im allgemeinen ist nicht davon auszugehen, daß die Behörde ihren Verwaltungsakt aufheben wollte.

125) von den Fällen, in denen der Verwaltungsakt bereits beschwerende Wirkungen geäußert hat, abgesehen

126) Eyermann Fröhler § 113 Rdn 39
Redeker von Oertzen § 113 Rdn 12

127) LVG Düsseldorf Urt v. 21.9.1950 DVBl 1952, 317:
"Wird dagegen der fehlerhafte VA durch einen anderen ersetzt, so ist dem im öffentlichen Recht angesichts des Gewaltverhältnisses der Behörde zu dem Betroffenen vordringlichen Erfordernis der Klarheit und Eindeutigkeit der behördlichen Willenserklärung nicht Genüge geleistet."

128) siehe dazu im einzelnen Stumpp DVBl 1968, 330

Insbesondere wenn das nachträglich Vorgebrachte als Erlaß eines neuen Verwaltungsaktes gedeutet werden soll, ist in zweifacher Hinsicht eine sorgfältige Prüfung vonnöten. Zum einen, ob mit dem Prozeßvorbringen der Erlaß eines neuen Verwaltungsaktes von Seiten der Behörde wirklich beabsichtigt war und ob wegen der formalen Kriterien eines Verwaltungsaktes objektiv von einem solchen gesprochen werden kann. Der Zeitpunkt des gerichtlichen Verfahrens ist in der Regel wenig geeignet zum Erlaß von Verwaltungsakten¹²⁹⁾. Aus leicht verständlichen Gründen drängt sich dem Staatsbürger das Gefühl der Ohnmacht gegenüber der Behörde auf. Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung setzt voraus, daß der Verwaltungsakt vor seinem Erlaß in einem Verwaltungsverfahren nach objektiven Gesichtspunkten geprüft wird. Schon diese Garantie besitzt der Staatsbürger nicht mehr, wenn die Behörde im gerichtlichen Verfahren ad hoc einen neuen Verwaltungsakt erläßt. Darüber hinaus verliert der Kläger, der sich im Prozeß nur allzu leicht dazu bereit findet, die Klage umzustellen, den Rechtsschutz des

129) Gewaltenteilung besagt nicht nur, daß das Gericht keine Funktionen der Verwaltung an sich ziehen kann, sie bedeutet umgekehrt aber auch, daß die Verwaltung sich nicht der typisch gerichtlichen Sphäre bemächtigen darf, um ihre Ziele zu verwirklichen.

verwaltungsgerichtlichen Vorverfahrens¹³⁰⁾. Diesem ist besondere Bedeutung beizumessen, weil die Behörde ohnehin Gefahr läuft, ihre ursprüngliche Maßnahme um jeden Preis zu stützen. Eine Ermessensentscheidung kann u.U. schon deshalb fehlerhaft sein, weil sie nur zu dem Zwecke ergangen ist, eine unhaltbare Maßnahme nachträglich zu stützen¹³¹⁾.

130) Vgl. auch Kopp VerwArch 61,257 insbes. Fußnote 119. Zu der Frage, ob das Vorverfahren auch dadurch durchgeführt werden kann, daß in der Klageerhebung gleichzeitig die Einlegung des Widerspruchs und in der die Klageabweisung begehrenden Klageerwidlung die Verbescheidung des Widerspruchs zu sehen ist (vgl. BVerwG DVBl 1963, 406 BSozG DVBl 1963, 407) führt Menger VerwArch 1963, 403 aus: "Abgesehen davon bestehen auch grundsätzliche Bedenken dagegen, das Vorverfahren gleichsam in den Verwaltungsprozeß "einfließen" zu lassen. "unächst spricht dagegen, daß das Vorverfahren als ein selbständiges Verfahren ausgestaltet worden ist. Auch ist die Rechtssituation, in der sich die Verwaltungsbehörde bei Erlaß des Widerspruchsbescheides befindet, von derjenigen verschieden, die sich bei Klageerwidlung ergibt. Während nämlich im Widerspruchsverfahren die Verwaltung nicht als angegriffene Partei tätig wird, sondern vielmehr noch die Herrschaft über das Verfahren, mit dem sie ihr eigenes Handeln kontrolliert, besitzt, ist sie im Verwaltungsprozeß in die Rolle des Beklagten versetzt und wird - dieserParteirolle entsprechend - stets versucht sein, dem Klageanspruch zu begegnen. Schließlich würde - wenn dem zur verwaltungsgerichtlichen Kontrolle gestellten Verwaltungsakt eine Ermessensentscheidung zugrunde lag- dieser Verwaltungsakt -...überhaupt nicht einer Zweckmäßigkeitskontrolle unterworfen werden ... weil im Verwaltungsprozeß Fragen der Zweckmäßigkeit des Verwaltungshandelns keine Bedeutung zu haben vermögen." Diesem Gesichtspunkt trägt das BVerwG Urt v. 27.2.1970 DÖV 1970, 498, nicht voll Rechnung. Bedenklich in diesem Punkte auch OVG Münster Urt.v. 8.3.1966 DÖV 1966, 726

131) BVerwG Urt v. 12.1.1962 GewArch 1962, 88

Zum andern bedarf es, wenn in dem Nachschieben von Gründen, wie Lerche meint, bereits der Erlaß eines neuen Verwaltungsaktes liegen soll, der Klarstellung, ob durch diesen der ursprüngliche Akt ersetzt oder ob ihm nur ein neuer Verwaltungsakt an die Seite gestellt wird. Ordnet die Behörde z.B. an, daß eine Gastwirtschaft mit Rücksicht auf die Lärmbelästigung der Anlieger schon um 22 Uhr zu schließen habe und entzieht sie im Verlaufe des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens die Erlaubnis zum Betrieb der Wirtschaft überhaupt, so läßt sich darin kaum die Rücknahme der ersten Anordnung erblicken. Für den Fall, daß sie mit der zuletzt genannten Anordnung nicht durchdringt, will die Behörde im Zweifel jedenfalls die erste aufrechterhalten wissen. Es kann keine Rede davon sein, daß unter diesen Umständen für den ursprünglichen Verwaltungsakt das Rechtsschutzinteresse entfielen.

Besteht nach der gebotenen sorgfältigen Prüfung ein Rechtsschutzbedürfnis des Klägers an der Aufhebung des ursprünglichen Verwaltungsaktes tatsächlich nicht mehr, so wird er gut daran tun, die Hauptsache für erledigt zu erklären. An die richterliche Pflicht, auf die Stellung sachdienlicher Anträge hinzuwirken (§ 86 Abs.3 VwGO)¹³²⁾ werden in diesem Zusammenhange hohe Anforderungen gestellt. Die Rechtsprechung zum Problem des Nachschiebens von Gründen läßt zweifeln, daß sich die Gerichte dieser Aufgabe immer gewachsen erweisen.

132) Eyermann Fröhler § 86 Rdn 27

2) Nachschieben von Gründen unter Beibehaltung des
ursprünglichen Verwaltungsaktes

Von den hier erörterten Fällen der ausdrücklichen oder stillschweigenden Rücknahme des mangelhaft begründeten Verwaltungsaktes abgesehen, führt das Nachschieben von Gründen grundsätzlich nicht zum Verlust des Rechtsschutzbedürfnisses. Solange der Verwaltungsakt besteht, indiziert seine Rechtswidrigkeit (die, wie Lerche annimmt¹³³⁾ nicht rückwärtshin geheilt werden kann) das Rechtsschutzinteresse an der Aufhebung. Der Kläger braucht sich den Erfolg seiner Klage nicht mit dem Hinweis aus der Hand schlagen zu lassen, daß die Behörde alsbald einen neuen - wie zu hoffen ist - rechtmäßigen Verwaltungsakt erlassen werde. Die Fälle, in denen der Verwaltungsakt nur an gewissen Förmlichkeiten leidet, sind keineswegs selten. Es würde alle Form- und Verfahrensvorschriften entwerten, wenn die Behörde der Aufhebung ihrer Verwaltungsakte dadurch entgehen könnte, daß sie erklärt, sofort einen neuen Verwaltungsakt unter Beachtung dieser Vorschriften erlassen zu wollen. Erst recht müssen dagegen Bedenken angemeldet werden, wenn Lerche¹³⁴⁾ unter dem Gesichtspunkt des Rechtsschutzbedürfnisses nicht nur ein "in gleicher Richtung liegendes" Vorbringen¹³⁵⁾, sondern offenbar in weitestem Umfange ein Nachschieben von Gründen zulassen will. "Hier tritt", wie er ausführt, "der Umstand hervor, daß das Wesen des Verwaltungsaktes nicht in seiner tatsächlichen Grundlage, sondern - entsprechend den gestaltenden Aufgaben der Verwaltung - in seinem Ziele zu suchen ist". Daß diese, offensichtlich auf die Rechtsprechung des OVG Münster zurückzuführende¹³⁶⁾ Ansicht nicht zutrifft, wurde bereits ausgeführt. Lerche selbst betont,

133) NJW 1953, 1899

134) NJW 1953, 1899 Fußnote 21

135) vgl. Württ.Bad.VGH Urt v. 15.9.1949 DÖV 1949, 476

136) vgl. insbes. NJW 1953, 1898 Fußnote 12

"die Änderung der Konkretheit bedeute zugleich eine Änderung des Verwaltungsaktes selbst, mag auch das Ziel genau das gleiche sein".

Ferner unterscheidet Lerche darnach, ob der Kläger glaubt, "der aus den nachgeschobenen Gründen gefolgerten Rechtfertigungsbehauptung etwas entgegensetzen zu können" oder nicht. Könne er nichts entgegensetzen, so empfehle es sich, die Hauptsache für erledigt zu erklären¹³⁷⁾, andernfalls die Klage zu ändern und sie gegen den neu erlassenen Verwaltungsakt zu richten. Falls in dem Nachschieben der Gründe nicht bereits der Erlass eines neuen Verwaltungsaktes liege, sei eine Klage zulässig, auf Feststellung des Bestehens des Rechtsverhältnisses, daß auch der angekündigte neue Verwaltungsakt rechtswidrig ist¹³⁸⁾.

137) so auch Tschira-Schmitt Glaeser S. 227.

Es ist zweifelhaft, ob es sich hier tatsächlich noch um eine Hauptsacheerledigung handelt; "die sich aus dem Verwaltungsakt ergebende Beschwerde" (Eyermann Fröhler § 113 Rdn 39) bleibt im Gegenteil mit noch größerem Nachdruck bestehen. Es bedarf der Konstruktion der Hauptsacheerledigung nicht, um der Körperschaft, der die Behörde angehört, die Kosten des Verfahrens insoweit aufzuerlegen. In Wirklichkeit handelt es sich um eine Klagerücknahme. Die Kosten des Verfahrens hat trotz der Bestimmung des § 155 Abs.2 VwGO in Anwendung des § 155 Abs.5 VwGO die Beklagte zu tragen.

(§ 155 Abs.5 VwGO wird entgegen seines Wortlautes von der überwiegenden Meinung als eine zwingende Vorschrift verstanden Eyermann Fröhler § 155 Rdn 17 m.w.Nachweisen) Redeker v. Oertzen § 155 Rdn 7.) (OVG Münster Urt v. 17.3.1959 DVBl 60, 566).

138) Lerche NJW 1953, 1899:

"Man darf wohl schwerlich der Ansicht beipflichten, daß die Anfechtungsklage in analoger Anwendung der entsprechenden Vorschriften auch für erst künftige Verwaltungsakte zugelassen werden könne. Denn die Entscheidung kann dann nicht - wie für jede Anfechtungsklage typisch - eine Aufhebung (Gestaltung) aussprechen, sie kann vielmehr nur deklaratorischer Natur sein. Somit ist nur eine Feststellungsklage zulässig".

Gegen eine derartige vorbeugende Feststellungsklage erheben sich Bedenken. Solange die Behörde den Verwaltungsakt noch nicht erlassen hat, besteht auch kein Rechtsverhältnis, dessen Bestehen festgestellt werden könnte. Ein solches liegt nur vor, wenn sich ein allgemeiner Rechtszustand zu einem Rechtsverhältnis verdichtet hat¹³⁹⁾. Rechtsverhältnis ist ein Verhältnis, das durch Anwendung einer Rechtsnorm auf einen bestimmten Tatbestand geschaffen i s t , das heißt, einen bereits eingetretenen und in seinen tatsächlichen und rechtlichen Auswirkungen übersehbaren Sachverhalt betrifft. Mit der ausdrücklichen oder stillschweigenden Rücknahme des Verwaltungsaktes durch die Behörde bestehen zwischen der Behörde und dem Staatsbürger keinerlei Rechtsbeziehungen mehr¹⁴⁰⁾. Der Kläger steht nicht schlechter, wie jeder andere Staatsbürger, der mit dem Erlaß eines ihn belastenden Verwaltungsaktes rechnen muß. Ergibt dieser, so mag er dagegen Anfechtungsklage erheben¹⁴¹⁾. Auch Gründe der Prozeßökonomie nötigen nicht dazu, hier vorbeugend eine Feststellungsklage zuzulassen. Die Behörde hat u.U. gute Gründe dafür, weshalb sie den neuen Verwaltungsakt noch nicht erlassen hat; sie mag aus dem vorangehenden Rechtsstreit ihre Lehren gezogen haben und weiter Nachforschungen anstellen. Sie war ja hinsichtlich des ursprünglichen Verwaltungsaktes in die Verteidigungsposition gedrängt; ihr Vorbringen zielte darauf ab, diesen Verwaltungsakt "zu halten".

139) BVerwGE 12, 261
Urt v. 12.4.1956 DÖV 1957, 426

140) Für die Beurteilung des neu zu erlassenden VA kommt es, worauf das BVerwG im Urt v. 30.3.1966 (VRspr 18, 232) hinweist, nicht nur auf die sachlichrechtlichen Voraussetzungen an, sondern auch auf die Wahrung bestimmter Formlichkeiten. Ähnlich BVerwG Urt v. 12.1.67 DVBl 1968, 650

141) Für eine vorbeugende Unterlassungsklage wird in der Regel kein Rechtsschutzbedürfnis bestehen (vgl. dazu im einzelnen Schenke AöR 95, 245 ff, 250 ff).

Der Feststellungsklage würde also ein Tatsachenkomplex zugrunde gelegt, der hinsichtlich des neuen Verwaltungsaktes wiederum unvollständig sein könnte. Unabhängig davon ist es aus Kostengründen für den Kläger nicht ratsam, die Klage einfach in eine Feststellungsklage umzustellen. Der Kläger trägt dann nämlich hinsichtlich der geänderten Klage das volle Kostenrisiko. Die Theorie Lerches geht davon aus, daß durch die nachgeschobenen rechtlichen oder tatsächlichen Gründe die Identität des Verwaltungsaktes verändert wird. Falls darin offen oder stillschweigend die Rücknahme des ursprünglichen Verwaltungsaktes liegt, entsprechen die daraus gezogenen Folgerungen (Hauptsacheerledigung) dem herkömmlichen prozessualen Verhalten der Parteien. Der Ansicht, das Nachschieben von Gründen führe weitgehend zu einem Verlust des Rechtsschutzbedürfnisses, ist (sofern gleichzeitig die Konkretheit des Verwaltungsaktes berührt wird) nicht beizupflichten.

Schlußbetrachtung.

Zusammenfassend muß die Frage, ob Gründe im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nachgeschoben werden können, verneint werden. Die verfassungsrechtliche Situation, insbesondere die Grundsätze der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und der Gewaltenteilung, lassen - wie dargelegt wurde - eine andere Entscheidung nicht zu.

Der scharfe Widerspruch zu dem Literatur- und Rechtsprechung noch beherrschenden Grundsatz verliert angesichts dessen vielfältiger Durchbrechungen an Bedeutung. Die Undurchsichtigkeit von Ausnahmen und Rückausnahmen muß ohnehin der Rechtssicherheit auf die Dauer abträglich sein.

Die wesentlichen rechtsstaatlichen Garantien, die die hier vertretene Auffassung dem Rechtssuchenden bietet, rechtfertigen eine gewisse Verzögerung, die sich im Einzelfall für die Verwaltung bei der Durchsetzung ihrer Ansprüche ergeben mag. Im übrigen war die Verwaltung bisher immer noch gewandt genug, um dergleichen Erschwernisse zu bewältigen. Nicht daß ein Grundsatz, der schon kaum mehr ein solcher war, endlich aufgegeben wird, ist zu beklagen; bedenklich stimmt vielmehr, daß verfassungsrechtliche Grundsätze auch heute noch das Rechtsdenken und die Praxis kaum nachhaltig zu verändern vermögen. Das Beispiel des Nachschiebens von Gründen zeigt deutlich, wie groß die Neigung ist, auch auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts neuen Wein in alte Schläuche zu füllen.

Anhang

Höchstichterliche Entscheidungen zum Nachschieben von
Gründen und zur Konversion von Verwaltungsakten

Gericht	Datum der Entscheidung	Fundstelle
WürttBad VGH	5.8.1947	SJZ 1948, 154 = NJW 1948, 396
BayerVGH	6.2.1948	VGHnF 1, 51 (59)
WürttBad VGH	15.5.1948	VRspr. 1, 47 (50, 51)
Bezirksverwaltungsger. Berlin-Zehlendorf	8.10.1948	DV 1949, 277 VRspr.1, 305
WürttBad VGH	15.10.1948	DÖV 1949, 177
Bayer VGH	28.10.1948	DV 1949, 72
WürttBad VGH	15.9.1949	DÖV 1949, 477
LVG Düsseldorf	21.9.1950	DVB1 1952, 317
LVG RheinlPfalz	12.12.1950 18.1.1951	DÖV 1951, 591
Bayer VGH	30.7.1951	DÖV 1952, 316 = DVB1 51, 243
WürttBad VGH	3.1.1952	VRspr. 5, 398
WürttBad VGH	4.1.1952	DVB1 1952, 223
OVG Münster	3.4.1952	DÖV 1952, 761 = VRspr. 5, 157
LVG RheinlPfalz	22.4.1952	DVB1 1953, 80
VGH Bremen	23.4.1952	DVB1 1953, 176
OVG Münster	17.6.1952	DVB1 1953, 312 = OVGE 6, 11
Hess VGH	29.8.1952	VRspr. 1953, 475 (480)
OVG Münster	28.10.1952	OVGE 6, 144
Hess VGH	7.11.1952	ESVGH 3, 15
Bayer VGH	2.2.1953	VGHnF 12, 283
Bayer VGH	13.2.1953	VGHnF 7, 1 = VRspr.5, 373 = ZMR 1953, 91
BVerwG	24.9.1953	BVerwGE 1, 12
Bayer VGH	1.4.1954	VGHnF 7, 61
OVG RheinlPf	30.7.1954	ASRhPf 4, 97 = VRspr.8, 647
OVG Münster	22.9.1954	OVGE 9, 111 (121)
Hess VGH	3.11.1954	ESVGH 4, 18
BVerwG	13.1.1955	BVerwGE 1, 311
OVG Münster	27.6.1955	OVGE 9, 297
OVG Koblenz	19.7.1955	ZBR 1955, 351
BVerwG	27.9.1955	BayVB1 1956, 54
Münster	20.10.1955	ZMR 56, 139

Gericht	Datum der Entscheidung	Fundstelle
WürttBad VGH	29.11.1955	VRspr.8, 738
	24.5.1956	DVB1 1957, 61
Münster	8.6.1956	ZMR 1956, 396
Hamburg OVG	1.10.1956	MDR 1957, 252
O VG Lüneburg	25.10.1956	DVB1 1957, 279
BVerwG	15.5.1957	DVB1 1957, 731
BVerwG	8.5.1958	BVerwGE 7, 17 = DVB1 58, 757
BVerwG	4.6.1958	DÖV 1959, 185
BVerwG	18.11.1958	BVerwGE 8, 54
BVerwG	6.3.1959	DVB1 1959, 438=VRspr.12, 249
BVerwG	15.4.1959	BVerwGE 8, 234
BGH	22.5.1959	NJWRzW.1959, 461
Münster	14.7.1959	OVGE 15. 103
Hess VGH	3.11.1954	ESVGH 4, 18
BVerwG	6.11.1959	DVB1 1960, 519
BVerwG	4.12.1959	BVerwG 10, 37
	24.2.1960	BVerwG 10, 173 (176)
	24.2.1960	BVerwG 10, 176 (179)
BSG	21.1.1960	BSGE 11, 239
BVerwG	4.3.1960	BVerwGE 10. 202
OVG Hamburg	26.4.1963	DVB1 1963, 931
Hess VGH	22.11.1963	DVB1 1964, 597
BVerwG	17.9.1964	BVerwGE 19, 252 (257)
BVerwG	29.1.1965	BVerwGE 10, 219 = DÖV 1965, 564
BVerwG	7.12.1965	DÖV 1966, 137
BVerwG	28.4.1966	DÖV 1967, 63
OVG Münster	24.4.1967	OVGE 23, 178
OVG Münster	27.6.1967	DVB1 1968, 312
Bayern VGH	23.10.1967	BayVB1 1968, 34
OVG Lüneburg	20.11.1967	DVB1 1968, 397
BVerw G	5. 9.1969	Bay GT 1970, 30

Lebenslauf.

Am 16. Juli 1937 wurde ich als Sohn des Oberstellwerksmeisters Kaspar W i t t m a n n und dessen Ehefrau Katharina, geb. Kapfhammer, in München geboren. Wie meine Eltern bin ich röm.kath. Bekenntnisses. Ich bin seit 25.10.1968 verheiratet mit Ursula Wittmann, geb. Wust, und Vater von Zwillingen.

Nach 4 Klassen Volksschule in München trat ich 1947 in die sog. Reformversuchsschule nach amerikanischem Vorbild ein, wechselte im Jahre 1949 in die 3. Klasse der Ludwigs-Ober-realschule über und legte hier am 19.7.1956 die Reifeprüfung ab. Noch im November des gleichen Jahres ließ ich mich als Student der Rechte immatrikulieren. Am 8.8.1960 bestand ich nach 7semestrigem ununterbrochenem Studium an der Ludwigs-Maximilians-Universität in München die I. Juristische Staatsprüfung. Anschließend war ich 3 1/2 Jahre als Referendar im juristischen Vorbereitungsdienst des Freistaates Bayern. Am 24.8.1964 legte ich die II. Juristische Staatsprüfung ab. Der Bayer. Staatsminister des Innern hat mich mit Wirkung vom 15.9.1964 in das Beamtenverhältnis, zunächst auf Probe und anschließend seit Oktober 1967 auf Lebenszeit, berufen. Als Regierungsassessor war ich bis 15.10.1965 bei der Regierung von Oberbayern und anschließend daran bis 17.4.1966 beim Bayer. Verwaltungsgericht München tätig. Vom 18.4.1966 bis 30.9.1968 war ich juristischer Staatsbeamter des Landratsamtes Freising. Am 1.10. 1968 kehrte ich als Verwaltungsgerichtsrat an das Bayer. Verwaltungsgericht München zurück. Ich bin Richter auf Lebenszeit.

Johann Wittmann

